EINSTWEILIGE ANORDNUNGEN IN DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG NACH EINLEGUNG ZIVILPROZESSUALER RECHTSBEHELFE

INAUGURAL – DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard - Karls - Universität zu Tübingen

vorgelegt von
HANS - ULRICH MAURER
aus Esslingen

1981

Druck H.- J. Köhler, Tübingen

1980

EINSTWEILIGE ANORDNUNGEN IN DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG NACH EINLEGUNG ZIVILPROZESSUALER RECHTSBEHELFE

INAUGURAL – DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard - Karls - Universität zu Tübingen

vorgelegt von

HANS - ULRICH MAURER
aus Esslingen

1981

Druck H.- J. Köhler, Tübingen

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Prof. Dr. Dietmar Willoweit

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Münzberg
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Egbert Peters

Tag der mündlichen Prüfung: 22.12.1980

Inhaltsverzeichnis

Teil I Einführung

§ 1 Zwangsvollstreckung und einstweilige Anordnungen

I. Allgemeines 1
II. Das Bedürfnis nach einstweiligen Anordnungen 3
III. Gang der Untersuchung 4

§ 2 Das Rechtsinstitut der einstweiligen Anordnung - Verhältnis zur einstweiligen Verfügung

I. Grundsatz 6
II. Einstweilige Anordnung neben einstweiliger Verfügung 9
III. Die umfassende Regelung eines Rechtsverhältnisses durch einstweilige Verfügung 13
IV. Einstweilige Anordnung als einziger Inhalt einer einstweiligen Verfügung 17
V. Einstweilige Anordnung durch einstweilige Verfügung wegen Eilbedürftigkeit 19

Teil II Einstweilige Anordnungen in der Zwangsvollstreckung - Voraussetzungen, Inhalt und Anfechtbarkeit

1. Kapitel Einstweilige Anordnungen nach § 707 ZPO

§ 3 Die direkte Anwendung des § 707 ZPO

I. Fallgruppen
a) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 233 ff. ZPO 23
b) Die Wiederaufnahme des Verfahrens, §§ 598 ff. ZPO 26
c) Vorbehaltsurteile, §§ 302, 599 ZPO 27
(1) Prozeßaufrechnung, § 302 ZPO 28
(2) Vorbehaltsurteil im Urkunden-, Wechsel- und Scheckprozeß, § 599 ZPO 30

(3) Unterschiede 31

II. Die Entscheidung über den Erlaß einstweiliger Anordnungen als Ermessensentscheidung
a) Die Interessenabwägung als Voraussetzung für eine einstweilige Anordnung
(1) Grundsatz der gesetzlichen Wertung hinsichtlich der Vollstreckbarkeit von Urteilen 32
(2) Durchbrechungen des Grundsatzes vom Vorrang der Gläubigerinteressen an einer sofortigen Vollstrekkung 36
(3) Besondere Interessenabwägung bei § 707 ZPO
aa) Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs 40
bb) Bedürfnis nach einer einstweiligen Anordnung, wenn das Urteil nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist ? 48
cc) Einstweilige Anordnung, wenn das Urteil dadurch seiner materiellen Wirkungen beraubt wird ? 57
dd) Das Merkmal der Billigkeit 60
ee) Die Intensität des durch die Vollstreckung zu duldenden Nachteiles 62
b) Anordnungen 63

III. Rechtsmittel
a) Normzweck des Anfechtungsausschlusses in § 707 Abs. 2 Satz 2 ZPO 67
b) Kritik der Motive des Gesetzgebers; kritische Auseinandersetzung mit den Gesichtspunkten in Rechtsprechung und Literatur 68
c) Interessenabwägung hinsichtlich der Anfechtung einer einstweiligen Anordnung durch den Gläubiger 71
d) Anfechtung eines eine einstweilige Anordnung ablehnenden Beschlusses durch den Schuldner 77
e) Art des Rechtsmittels 80
f) Zusammenfassung 87

§ 4 Die entsprechende Anwendung des § 707 ZPO kraft Gesetzes

I. Die Einlegung von Rechtsbehelfen bzw. Rechtsmitteln, § 719 ZPO

a) Einspruch gegen Vollstreckungsbescheid und Versäumnisurteil 89
b) Berufung 92
c) Revision
(1) Gesetzliche Regelung 92
(2) Das überwiegende Interesse des Gläubigers 94
aa) Erfolgsaussicht der Revision 95
bb) Unterlassene Abwendung der Nachteile durch Vollstrek=kungsschutzanträge 102

II. Einstweilige Anordnungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, §§ 916 ff. ZPO
a) Widerspruch gegen einen im Beschlußver=fahren ergangenen Arrestbefehl oder einstweilige Verfügung, §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 936 ZPO
(1) Geschichtliche Entwicklung 105
(2) Gesetzliche Regelung 107
(3) Inhalt der einstweiligen Anord=nungen 110
(4) Einstweilige Anordnungen bei Lei=stungsverfügungen 112
aa) Zahlung einer Geldsumme 114
bb) Besitzschutzansprüche 117
cc) Unterlassungsansprüche 118
dd) Ansprüche auf Abgabe einer Willenserklärung oder auf Vor=nahme einer sonstigen Handlung 119
b) Entscheidung im Verfahren des einstwei=ligen Rechtsschutzes durch Urteil, §§ 925, 936 ZPO
(1) Rechtsmittel gegen ein den Be=schluß bestätigendes oder erlas=sendes Urteil 122
(2) Wirkungen eines den Beschluß auf=hebenden Urteiles 130
(3) Anfechtung eines den Beschluß aufhebenden Urteiles 132

III. Einstweilige Anordnungen im schiedsrich=terlichen Verfahren, §§ 1025 ff. ZPO
a) Widerspruch gegen den einen Schieds=spruch für vollstreckbar erklärenden Beschluß, § 1042c ZPO 134
b) Widerspruch gegen den einen Schieds=vergleich mit Unterwerfungsklausel für vollstreckbar erklärenden Be=schluß 138

2. Kapitel Einstweilige Anordnungen nach § 572 Abs. 2 und 3 ZPO

§ 5 Einstweilige Anordnungen nach Anfechtung eines Beschlusses mit der Beschwerde, § 572 Abs. 2 und 3 ZPO

I. Tatbestand und Interessenabwägung 141
II. Anordnungen 142
III. Die entsprechende Anwendung des § 572 Abs. 2 ZPO bei Antrag auf Abänderung der Entscheidung 143
IV. Rechtsmittel 146

3. Kapitel Einstweilige Anordnungen nach § 732 Abs. 2 ZPO

§ 6 Erinnerung gegen die Erteilung der Vollstrek=kungsklausel, § 732 Abs. 1 ZPO

I. Tatbestand 150
II. Interessenabwägung 152
III. Anordnungen 155
IV. Rechtsmittel
a) Geschichtlicher Rückblick 160
b) Begründung durch die herrschende Meinung 161
c) Kritik 162
d) Eigener Lösungsversuch 164

§ 7 Die entsprechende Anwendung des § 732 Abs. 2 ZPO kraft Gesetzes

I. Die Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, § 766 ZPO 170

II. Antrag auf Gewährung, Verlängerung oder Verkürzung einer Räumungsfrist für Wohn=raum, § 721 ZPO
a) Tatbestand 176
b) Interessenabwägung 179
c) Rechtsmittel 180

III. Antrag auf Bewilligung einer Räumungsfrist bei der Zwangsvollstreckung aus einem Räumungsvergleich, § 794a Abs. 1 Satz 5 ZPO 184

4. Kapitel Einstweilige Anordnungen nach den §§ 769, 770 ZPO

§ 8 Die unmittelbare Anwendung von § 769 ZPO

I. Die Vollstreckungsgegenklage nach den §§ 767, 768 ZPO
a) Tatbestand 187
b) Interessenabwägung 190
c) Anordnungen 196
d) Rechtsmittel
(1) Die Anfechtbarkeit einer einstweiligen Anordnung des Prozeßgerichtes erster Instanz, § 769 Abs. 1 ZPO 201
aa) Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur 201
bb) Eigener Lösungsversuch 204
(2) Die Anfechtbarkeit einer einstweiligen Anordnung des Vollstreckungsgerichtes, § 769 Abs. 2 ZPO 208

II. Die Vollstreckungsgegenklage des Erben nach § 785 ZPO 215

§ 9 Die entsprechende Anwendung des § 769 ZPO kraft Gesetzes

I. Die Vollstreckungsgegenklage bei sonstiger beschränkter Haftung, § 786 ZPO
a) Tatbestände
(1) Die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten für die Gesamtgutsverbindlichkeiten, § 1489 BGB 217
(2) Die Haftung des Übernehmers bei vertraglicher Übernahme eines ganzen Vermögens, § 419 BGB 218
(3) Die Haftung gegenüber Dritten nach der Teilung des Gesamtgutes, § 1480 BGB 218
(4) Die Haftung der Abkömmlinge im Innenverhältnis nach der Teilung des Gesamtgutes, § 1504 BGB 219
(5) Die Haftung des Hauptvermächtnisnehmers, § 2187 BGB 219
b) Sonstiges 220

II. Die Widerspruchsklagen nach den §§ 771 bis 774 ZPO
a) Tatbestände

(1) Die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO 221
(2) Die Widerspruchsklage bei Veräußerungsverbot, § 772 ZPO 223
(3) Die Widerspruchsklage des Nacherben, § 773 ZPO 224
(4) Die Widerspruchsklage des Ehegatten, § 774 ZPO 225
b) Interessenabwägung 227
c) Anordnungen 229
d) Rechtsmittel 230

III. Die Klage auf vorzugsweise Befriedigung, § 805 ZPO 232

IV. Einstweilige Anordnungen im Urteil nach § 770 ZPO 237

5. Kapitel Sonstige Fälle einstweiliger Anordnungen in der Zwangsvollstreckung

§ 10 Die Aussetzung der Vollziehung nach § 620e ZPO

I. Geschichtliche Entwicklung 241
II. Regelungsbereich 243
III. Verfahren 244
IV. Dogmatische Struktur 245
V. Interessenabwägung 247
VI. Anordnungen 251
VII. Rechtsmittel 254

§ 11 Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen, §§ 104 Abs. 3 Satz 4, 107 Abs. 3 ZPO, 19 Abs. 2 Satz 4 BRAGebO 256

§ 12 Einstweilige Anordnungen aus Gründen des sozialen Vollstreckungsschutzes

I. Die Einräumung einer Räumungsfrist für Wohnraum, § 721 ZPO 264

II. Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO
a) Tatbestand 266
b) Einstweilige Einstellung 268
c) Interessenabwägung 270
d) Inhalt 271
e) Rechtsmittel 273

III. Die Aussetzung der Verwertung in der Mobiliarzwangsvollstreckung, § 813a ZPO 276

6. Kapitel Einstweilige Anordnungen in entsprechender Anwendung der §§ 707, 732 Abs. 2 bzw. 769 ZPO

§ 13 Die entsprechende Anwendung des § 707 ZPO

I. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Prozeßvergleiches, § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO
a) Zur Rechtsnatur des Prozeßvergleiches 280
b) Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 707, 719 ZPO
(1) Rechtsprechung und Literatur 282
(2) Kritik und eigener Lösungsversuch 283

II. Der Antrag auf Aufhebung einer im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangenen Entscheidung nach § 926 Abs. 2 ZPO 286

III. Einstweilige Anordnungen bei Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch das Amtsgericht nach § 942 ZPO
a) Der Antrag auf Ladung des Antragsgegners nach § 942 Abs. 1 ZPO 293
b) Der Antrag auf Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nach § 942 Abs. 3 ZPO 296

IV. Die Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände, § 927 ZPO 298

V. Die nachträgliche Aufhebungsklage gegen einen rechtskräftig für vollstreckbar erklärten Schiedsspruch, § 1043 ZPO 302

VI. Die Klage auf Aufhebung der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruches nach § 1044 Abs. 4 ZPO 305

VII. Die Klage aus § 826 BGB gegen die Vollstreckung aus arglistig erschlichenen, rechtskräftigen Urteilen

a) Regelungsbereich; Problemstellung 309
b) Die Zulässigkeit einer Klage aus § 826 BGB - Konkurrenzverhältnis zur Wiederaufnahme des Verfahrens 309
(1) Die Auffassung der Rechtsprechung 310
(2) Dogmatische Struktur 311
(3) Konkurrenz zwischen der Restitutionsklage und der Klage aus § 826 BGB 312
c) Einstweilige Anordnungen 312
(1) Interessenlage 313
(2) Entsprechende Anwendung des § 707 ZPO ? 313
(3) Entsprechende Anwendung des § 769 ZPO ? 315
(4) Einstweilige Verfügung ? 317
d) Meinungsstand in der Literatur 318
e) Schlußbetrachtung 319

§ 14 Die entsprechende Anwendung des § 732 Abs. 2 ZPO bei einer Änderung der Unpfändbarkeitsvoraussetzungen, § 850g ZPO 321

§ 15 Die entsprechende Anwendbarkeit des § 769 ZPO

I. Die Abänderungsklage nach § 323 ZPO
a) (1) Regelungsbereich - Abgrenzung zur Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO 328
(2) Die dogmatische Struktur in der Gegenüberstellung zur Vollstrekkungsgegenklage 329
(3) Konkurrenzverhältnis zwischen Abänderungs- und Vollstreckungsgegenklage 331
b) Interessenlage 333
c) Die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen 333

II. Die Abänderungsklage nach § 641q ZPO 339

III. Der Antrag auf Abänderung der Festsetzung des Regelunterhaltes, § 642b ZPO 341

IV. Die Vollstreckungsgegenklage gegen eine Zwangsvollstreckung aus vollstreckbaren Urkunden, § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO 343

Teil III Die Berücksichtigung der sich für den Einzelfall ergebenden Umstände durch die Gerichte bei der Interessenabwägung

§ 16 Die konkrete Abwägung der Parteiinteressen in der Rechtsprechung 345

§ 17 Die von der Rechtsprechung berücksichtigten Gesichtspunkte in systematischer Sicht

I. Die Ergiebigkeit der Entscheidungen 357

II. Versuch einer Systematisierung
a) Die objektiven Umstände 360
(1) Die Erfolgsaussicht des ergriffenen Rechtsbehelfes 361
(2) Neue Tatsachen und Beweismittel 364
(3) Die der gesetzlichen Regelung immanenten Gesichtspunkte
aa) Auf dem materiellen Recht beruhende Gesichtspunkte 365
bb) Auf dem Erkenntnisverfahren beruhende Umstände 365
cc) Vollstreckungsrechtliche Gesichtspunkte 369
(4) Vereinbarungen zwischen den Parteien 371
b) Die subjektiven Verhältnisse der Parteien
(1) Die materiellen Verhältnisse der Parteien 371
(2) Ideelle Gesichtspunkte 373

Literaturverzeichnis XI - XVII

Teil I Einführung

§ 1 Zwangsvollstreckung und einstweilige Anordnungen

I. Allgemeines - Es ist ein zentrales Problem aller Verfahrensordnungen, die Durchführung der Vollstreckung aus noch nicht rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidungen usw. auszugestalten. [1] Dieser Problembereich erfuhr durch den Gesetzgeber eine unterschiedliche Regelung, je nachdem, ob die zu vollstreckende Entscheidung im Zivil-, Straf- oder Verwaltungsprozeß ergangen ist. Sachgerecht ist diese Differenzierung deshalb, weil der zu lösende Interessenkonflikt der Parteien sich in den einzelnen Verfahrensarten unterschiedlich gestaltet.

Im Strafverfahren erlassene Urteile können erst dann ihrer Vollziehung zugeführt werden, wenn sie rechtskräftig geworden sind, § 449 StPO. Eine vorübergehende Sicherung des Vollstreckungsanspruches des Staates zwischen Verkündung und Rechtskraft des Urteiles kann nur dadurch erreicht werden, daß zugleich mit dem Urteil Maßnahmen mit einstweiligem Charakter angeordnet werden, deren Wirkungen bis zum Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache andauern. [2]

---

1) vgl. dazu die Zusammenstellung bei Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 26

2) etwa durch eine vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis, § 111a StPO, oder Anordnung von Haft, §§ 112 ff. StPO usw.

Dieser Aufschub der Vollstreckbarkeit gerichtlicher Entscheidungen bis zu ihrer Rechtskraft ist deshalb gerechtfertigt, weil die Auferlegung einer Strafe und ihre Vollstreckung einen schwerwiegenden Eingriff in die persönliche Sphäre des Verurteilten darstellen.

Im Verwaltungsstreitverfahren mußten diejenigen Verwaltungsakte einer Regelung hinsichtlich ihrer Durchsetzbarkeit zugeführt werden, die eine Leistungs- bzw. Unterlassungsanordnung des Staates gegenüber dem Bürger enthalten. Danach kommt im Grundsatz Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung zu, § 80 Abs. 1 VwGO. Die Ausnahme, die von einem überwiegenden öffentlichen Interesse geprägt ist, stellt die sofortige Vollziehbarkeit eines Verwaltungsaktes dar, § 80 Abs. 2 VwGO. Ist ein Verwaltungsakt sofort vollziehbar, dann kann durch einstweilige Maßnahmen nach § 80 Abs. 4 und 5 VwGO eine Absicherung sowohl des öffentlichen wie des privaten Interesses erfolgen. Da staatliche Maßnahmen aufgrund öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen immer auch in den Bereich der Grundrechte des Betroffenen eindringen, ist es angemessen, dann die Durchsetzbarkeit von Verwaltungsakten bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung auszusetzen, wenn sich Zweifel an deren Richtigkeit ergeben. Die sofortige Vollziehbarkeit ist nur bei den den privaten Bereich überlagernden öffentlichen Interessen angemessen.

Dagegen ist bei der Vollstreckung aus zivilgerichtlichen Entscheidungen nicht nach einem Ausgleich zwischen öffentlichen und privaten Interessen zu suchen, sondern zwischen den beiderseits privaten Rechten des Gläubigers bzw. des Schuldners. Dem wird

in den §§ 708 ff. [+] dadurch Rechnung getragen, daß Urteile grundsätzlich [3] für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind. Allerdings werden die konkreten Parteiinteressen durch eine differenzierte Regelung der gerichtlichen Befugnis erfaßt, Sicherheitslei= stungen bzw. Abwendungsbefugnisse anzuordnen. [4] Dem Grundsatz der vorläufigen Vollstreckbarkeit wird des weiteren durch die Zulassung einstweiliger Anordnungen für den Fall der Anfechtung einer Entscheidung (§§ 572 Abs. 2 und 3, 707, 719, 732 Abs. 2, 769, 770 usw.) begegnet.

II. Das Bedürfnis nach einstweiligen Anordnungen - Den im zivilprozessualen Vollstreckungsverfahren er= gehenden einstweiligen Anordnungen liegt immer die= selbe grundsätzliche Interessenlage der Parteien zu= grunde, die dann in den Einzelheiten für die jeweilige Fallgruppe bestimmte Modifizierungen erfährt: Der Gläubiger hat einen vorläufig vollstreckbaren oder bereits rechtskräftigen Titel erstritten, dessen zwangsweise Durchsetzung er betreiben kann. Da sein Interesse ohnehin auf Befriedigung gerichtet ist, hat er auch - falls der Schuldner die verbriefte Forderung nicht aus freien Stücken erfüllen will oder kann - grundsätzlich ein Interesse an der Durch- bzw. Fort= führung der Zwangsvollstreckung.

Demgegenüber hat der Schuldner diesen Vollstreckungs= titel mit einem Rechtsmittel bzw. mit einem sonstigen

---

+) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche der ZPO

3) Ausnahme: § 712 Abs. 1 Satz 2 1.Alt.

4) dazu unten S. 32 ff.

Rechtsbehelf angegriffen. Für ihn geht es darum, daß der Gläubiger bis zur Rechtsmittel(behelfs)entscheidung nicht mehr die zwangsweise Durchsetzung der verbrieften Forderung betreiben kann.

Diese Konstellation der Parteiinteressen tritt immer dann ein, wenn aufgrund des vom Schuldner eingelegten Rechtsbehelfes noch nicht endgültig geklärt ist, ob der Gläubiger die Zwangsvollstreckung überhaupt oder gegen den betreffenden Vollstreckungsschuldner oder aber in der geltend gemachten Höhe zu Recht betreibt, weil möglicherweise die Entscheidung nicht der materiellen Rechtslage entspricht und somit mit Rechtsfehlern behaftet ist, wodurch für den Schuldner die Gefahr einer evt. ungerechtfertigten Vollstreckung in sein Vermögen entsteht. In allen Fällen besteht trotz der Ausgleichsansprüche in § 717 Abs. 2 und 3 etc. ein Bedürfnis nach einer beiderseitigen vorläufigen Sicherung der Parteiinteressen bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Rechtsbehelf, da die Verhinderung von Schäden deren Ausgleich vorgeht. Zur Erlangung dieses vorübergehenden Schutzes stehen dem Schuldner die o.a. einstweiligen Anordnungen zu Gebote.

Die Zulässigkeit solcher einstweiliger Maßnahmen ist zum Teil gesetzlich geregelt. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich jedoch bereits, daß ein Bedürfnis nach ihnen auch bestehen kann, wenn sie für den betreffenden Fall nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Zu klären bleibt dann lediglich, in Anlehnung an welche gesetzliche Regelung einstweilige Anordnungen zugelassen werden sollen.

III. Gang der Untersuchung - Zunächst soll das Verhältnis der einstweiligen Anordnungen in der Zwangs-

vollstreckung zu Maßnahmen im Verfahren des einst=
weiligen Rechtsschutzes nach den §§ 916 ff. darge=
stellt werden.

Die darauf folgende Untersuchung hat zum Ziel,
einmal die kraft ausdrücklicher gesetzlicher Rege=
lung vorgesehenen einstweiligen Anordnungen darzu=
legen und zu überprüfen, ob sich Unterschiede zwischen
den einzelnen Regelungen ergeben, wobei die Anfecht=
barkeit solcher einstweiliger Maßnahmen einbezogen
wird. Zum anderen wird die Frage der entsprechenden
Anwendung der ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen
auf bestimmte Fälle erörtert, denen eine solche Folge=
regelung abgeht. Ausgangspunkt der Beurteilung aller
dieser Fragen wird die dogmatische Struktur der der
gesetzlichen Regelung bzw. deren kraft Gesetzes ent=
sprechender Anwendung zugrunde liegenden Fallgruppen
sowie die Interessenlage der Parteien sein.

Zuletzt werden diejenigen Umstände dargestellt und
systematisch gegliedert, die von der Rechtsprechung
im Rahmen einer konkreten Abwägung der Parteiinteres=
sen Berücksichtigung gefunden haben.

§ 2 Das Rechtsinstitut der einstweiligen Anordnung - Verhältnis zur einstweiligen Verfügung

I. Grundsatz - Einstweilige Anordnungen sind wie die einstweilige Verfügung zur vorübergehenden Regelung eines Rechtsverhältnisses bis zur endgültigen Klärung des Rechtszustandes berufen. Doch sind die Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung entsprechend den zahlreichen unterschiedlichen Situationen, denen sie gerecht werden muß, allgemein gehalten, so sind die einstweiligen Anordnungen im Vollstreckungsverfahren tatbestandlich eng umgrenzt und bleiben grundsätzlich auf die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung beschränkt. Diese Verschiedenartigkeit drückt sich auch in einer unterschiedlichen Verfahrensgestaltung aus.

Das Verfahren auf Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes stellt ein gesondertes, vom Verfahren in der Hauptsache nur mittelbar abhängiges Verfahren dar,[5] das hinsichtlich Ablauf und Anfechtung teils eigenen Gesetzen, teils den allgemeinen Regelungen folgt. Es dient dem Gläubiger zur vorläufigen Sicherung seines Anspruches, über den im Verfahren zur Hauptsache entschieden wird, oder zur vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses, kann aber unter Umständen bereits

---

5) Allerdings mit folgenden Einschränkungen: ist in der Hauptsache bereits rechtskräftig (BGH LM Nr. 14 zu § 719 = NJW 57, 1193; KG OLGZ 70, 54, da bis zur Rechtskraft für die Parteien ein Sicherungsbedürfnis fortbestehen kann) entschieden, so fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für eine einstweilige Verfügung; und weiter wird die einstweilige Verfügung durch die Entscheidung in der Hauptsache prozessual überholt.

zur endgültigen Befriedigung des Gläubigers für die Zeit der Wirksamkeit der einstweiligen Verfügung oder aber auch für immer führen (Leistungsverfügung). [6]

Einstweilige Anordnungen ergehen dagegen in keinem eigenen Verfahren. Sie sind eingegliedert in das Ver= fahren der Hauptsache, von dem sie in entscheidenden Teilen abhängig sind. So darf das Vollstreckungsver= fahren noch nicht abgeschlossen sein. [7] In der Haupt= sache muß die Anfechtung einer Entscheidung vorliegen, über deren Erfolgsaussicht eine Prognose anzustellen ist. Auch dienen die einstweiligen Anordnungen nicht nur der Sicherung des Anspruches des Gläubigers, son= dern den Interessen beider Parteien, nämlich dem des Schuldners vor ungerechtfertigter Vollstreckung, und, durch die im Regelfall [8] zu verhängende Sicherheits= leistung, dem Interesse des Gläubigers an der Abdek= kung des Schadensrisikos, das er infolge der einst= weiligen Einstellung trägt.

Aus einem Vergleich der beiden Regelungen ergibt sich, daß der Regelungsbereich der einstweiligen An= ordnungen nach den §§ 707, 719, 732 Abs. 2, 769 usw. an sich auch durch eine Regelungsverfügung nach § 940 erreicht wird. [9] Da beide Rechtsinstitute nebeneinan= der gestellt sind, stehen sie in dem Verhältnis der Spezialität zueinander. Wird deshalb vornehmlich die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ver= folgt, so stellt die einstweilige Anordnung das gerade hierfür geschaffene Rechtsinstitut dar, das in seiner

---

6) vgl. dazu Stein-Jonas-Grunsky vor § 935 IV 2-5 und unten S. 112 ff.

7) statt aller Schönke-Baur § 12 III 1b

8) siehe unten S. 63 ff.

9) Stein-Jonas-Münzberg vor § 704 Rdnr. 96

Ausgestaltung eben den Bedürfnissen dieser besonderen Situation entspricht. Hier ist v.a. dessen Einbeziehung in den Problemkreis der Vollstreckbarkeit einer Entscheidung mit seinen besonderen Interessengestaltungen zu berücksichtigen, auf denen die Rechtsbehelfe der §§ 707, 719, 732 Abs. 2, 769 usw. aufbauen, und die für die konkrete Entscheidung über die Einstellung der Vollstreckung konsequent weiterentwickelt werden.[10] Aus dem Grundsatz des Vorranges der besonderen Norm vor der allgemeinen ist danach die Unzulässigkeit einer einstweiligen Verfügung zu folgern, wenn einstweilige Anordnungen aufgrund besonderer Regelungen zulässig sind.[11]

---

10) siehe unten S. 32 ff., insbesondere S. 40 ff.

11) ganz hM: Blomeyer II § 97 III; Rosenberg-Schwab § 169 II 6 (allerdings beschränkt auf § 620); Stein-Jonas-Münzberg a.a.O.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 704 Grdz. 6 E; BGH a.a.O.; RGZ 25, 406, 407; RG JW 01, 160; 722; 10, 829; OLG Karlsruhe JW 25, 1664; OLG Stettin ZZP 50, 411; OLG Braunschweig JW 30, 654. Einigkeit herrscht über die Unzulässigkeit einer einstweiligen Verfügung; weshalb diese anzunehmen ist, wird jedoch uneinheitlich beantwortet. So geht die überwiegende Auffassung von einem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis aus, während Stein-Jonas-Münzberg a.a.O. von einem Konkurrenzverhältnis der Spezialität ausgehen, und Stein-Jonas-Schumann/Leipold vor § 253 III 4a beide Begründungen zulassen. Praktische Bedeutung kommt diesen Unterschieden in der Begründung nur dann zu, wenn eine einstweilige Anordnung nicht mehr rechtzeitig erlangt werden kann, wohl aber eine einstweilige Verfügung aufgrund der besonderen Zuständigkeitsregeln der §§ 916 ff.. So kann etwa der gesetzlich zuständige Richter, der auch über den Hauptantrag zu entscheiden hat, während der Nachtzeit vielleicht nicht erreichbar sein. Dann könnte ein Rechtsschutzbedürfnis für eine einstweilige Verfügung bejaht werden, ihre Unzulässigkeit aus Gründen der Spezialität wäre dadurch gleichwohl nicht ausgeräumt.

II. Einstweilige Anordnung neben einstweiliger Ver=fügung - Fraglich kann die Zulässigkeit einer einst=weiligen Verfügung zur Einstellung der Zwangsvoll=streckung jedoch dann sein, wenn die entsprechende An=wendung der Regeln über die einstweiligen Anordnungen bejaht wird und zugleich das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien eine Regelung durch den Erlaß einer einst=weiligen Verfügung erfährt. Dieser Fall kann nament=lich bei einem Prozeßvergleich eintreten, dessen Voll=streckung sowohl bei Fortsetzung des alten Prozesses als auch bei Geltendmachung seiner Unwirksamkeit in einem neuen Rechtsstreit entsprechend § 707 soll einst=weilen eingestellt werden können. [12] Da ein Verfahren zur Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes auch noch zulässig ist, wenn das Verfahren in der Hauptsache be=reits anhängig gemacht worden ist, kann durchaus der Fall eintreten, daß bei der Bekämpfung des Prozeßver=gleiches hinsichtlich seiner Wirksamkeit [13] ein Be=dürfnis nach einer Regelung des ganzen Rechtsver=hältnisses bis zur endgültigen Entscheidung in der Hauptsache besteht, wenn nämlich eine einstweilige Regelung sowohl im Hinblick auf die Hauptsache als auch auf die Vollstreckung aus dem Prozeßvergleich ver=folgt wird. Der durch den Prozeßvergleich abgedeckte Bereich wird dann durch die einstweilige Regelung so=wohl im materiell-rechtlichen als auch im formellen Teil umfassend geregelt. Folgendes Beispiel soll der Erläuterung dienen: Ein Unterhaltsvergleich wird wegen

---

12) Stein-Jonas-Münzberg § 794 II 3b, 7b α; vgl. auch unten S. 280 ff.

13) Werden lediglich materiell-rechtliche Einwendungen erhoben, so sind diese, wenn sie nicht die Wirksam=keit des Vergleiches als Vertrag, sondern den in ihm geregelten Anspruch betreffen, mit der Voll=streckungsgegenklage zu verfolgen, die eine einst=weilige Anordnung nach § 769 ermöglicht.

eines Irrtums oder einer arglistigen Täuschung angefochten. Bei Fortsetzung des vermeintlich beendeten Verfahrens kann dann durch einstweilige Verfügung sowohl der Umfang der Unterhaltspflicht als auch gleichzeitig der weitere Fortgang der Vollstreckung aus dem Vergleich einer vorübergehenden Regelung unterzogen werden.

Für diesen Fall kann sich die Frage stellen, auf welchen verfahrensrechtlichen Weg der Schuldner zu verweisen ist. Denkbar wäre eine einstweilige Anordnung entsprechend § 707 und zusätzlich eine einstweilige Verfügung hinsichtlich der restlichen regelungsbedürftigen Bereiche, oder aber eine Regelung des gesamten Rechtsverhältnisses mittels einer einstweiligen Verfügung. [14]

Es wird m.E. so zu verfahren sein, daß eine einstweilige Einstellung sich nach der spezialgesetzlichen Regelung der einstweiligen Anordnungen zu richten hat, andere evt. regelungsbedürftige Bereiche jedoch einer einstweiligen Verfügung vorbehalten bleiben. Dies ergibt sich aus folgendem: Die Interessenlagen, die zu einer einstweiligen Verfügung führen, können sich von denen der einstweiligen Anordnungen nach § 707 grundlegend unterscheiden. Während die einstweilige Verfügung auf eine Gefährdung des Anspruches oder Rechtsverhältnisses abstellt, erfaßt die einstweilige Ein-

---

14) Die gleiche Problematik ergibt sich auch bei der Abänderungsklage nach § 323, bei der eine entsprechende Anwendung der Vorschriften zur einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung befürwortet werden wird, dazu unten S. 328 ff.. Bei den Vorbehaltsurteilen hat sich die Rechtslage insofern gewandelt, als sie nunmehr kraft Gesetzes dem § 707 unterliegen; vor dieser Gesetzesänderung durch die Vereinfachungsnovelle ergab sich jedoch für sie dieselbe Problematik.

stellung den Schutz des Vermögens des Schuldners als Ganzes vor ungerechtfertigter Vollstreckung. Dementsprechend sind auch die tatbestandlichen Voraussetzungen verschiedenartig ausgestaltet. Bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen ist eine einstweilige Verfügung zu erlassen. Vor dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung bedarf es jedoch - da diese von einer Ermessensentscheidung abhängt - einer Abwägung der Interessen beider Parteien, innerhalb derer die gesetzlichen Wertungen im Bereich der Vollstreckbarkeit von Entscheidungen als Grundlage zu dienen haben. [15]

Diese unterschiedlichen Interessenlagen bei einstweiliger Verfügung bzw. einstweiliger Anordnung sprechen entscheidend gegen eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung durch eine einstweilige Verfügung, wenn eine einstweilige Anordnung zulässig ist. Und zwar auch dann, wenn einstweilige Anordnungen nur auf eine entsprechende Anwendung der jeweiligen Regelungen gestützt werden können, da dieser die Gleichheit der Interessenlage mit derjenigen der in den §§ 707, 732 Abs. 2, 769 usw. geregelten Fällen zugrunde liegt. Diese Auffassung führt auch nicht zu einer unzweckmäßigen Handhabung. Denn das Gericht der Hauptsache, das über eine einstweilige Anordnung zu befinden hat, regelt diese im Verfahren der Hauptsache mit und legt den dortigen Verfahrensstand seiner vorläufigen Entscheidung zugrunde. Dagegen kann die Beurteilung der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung auch in einem anderen Verfahren unter Zugrundelegung anderer Wertungsgesichtspunkte geleistet werden. [16] Daß es danach infolge der unter-

---

15) siehe oben S. 8

16) regelmäßig ist auch hier nach §§ 937, 943 das Gericht der Hauptsache zuständig; Ausnahme § 942

schiedlichen Beurteilungskriterien zu divergierenden Ergebnissen kommen kann, je nachdem, ob die Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung oder aber die einer einstweiligen Verfügung zugrunde gelegt werden, erweist die Richtigkeit des aufgeführten Ergebnisses. Denn durch eine einstweilige Verfügung könnte die gesetzliche Wertung, unter der eine einstweilige Einstellung erfolgen soll, umgangen werden. Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß, wenn eine einstweilige Anordnung hinsichtlich der Vollstreckung aufgrund direkter oder entsprechender Anwendung der §§ 707, 732 Abs. 2, 769 erreicht werden kann, eine einstweilige Verfügung zu demselben Zweck unzulässig ist. [17] Dabei ist es dann völlig unerheblich, ob im

---

17) Widersprüchlich deshalb Stein-Jonas-Münzberg, die einerseits bei Vergleichen meinen, es könne ein unabweisbares Bedürfnis für eine provisorische Regelung nach §§ 935 ff. bestehen, vor § 704 Rdnr. 96, andererseits aber eine einstweilige Anordnung hinsichtlich der Vollstreckung entsprechend § 707 für zulässig erachten, § 794 II 3b, 7b a.A. Beides schließt sich nach dem hier vertretenen Ergebnis gegenseitig aus. Wird eine entsprechende Anwendung des § 707 verneint, dann stellt sich die weitere Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 935 ff.; oder aber sie wird bejaht, dann kann die besondere Frage der einstweiligen Einstellung nicht mehr durch eine einstweilige Verfügung, sondern nur noch durch eine einstweilige Anordnung geregelt werden. Die einstweilige Verfügung bleibt dann auf die von den §§ 707 usw. nicht erfaßten Regelungsbereiche beschränkt. Es bedarf auch nicht der Anwendbarkeit der §§ 935 ff. für die Zeit zwischen der evt. Ablehnung der Fortsetzung des vormaligen Verfahrens und der Anhängigkeit eines Rechtsstreites, mit dem in einem weiteren Verfahren etwa die Feststellung der Unwirksamkeit des Prozeßvergleiches betrieben wird. Dieses neue Verfahren kann der Schuldner sofort einleiten. Dann sind auch sofort einstweilige Anordnungen in entsprechender Anwendung des § 707 zulässig, da diese in dringenden Fällen ohne Gewährung rechtlichen Gehörs und auch schon vor Zustellung der Klageschrift an den Gläubiger erlassen werden können. Ein Bedürfnis nach einer einstweiligen Verfügung besteht dann m.E. aber nicht.

konkreten Einzelfall die Voraussetzungen zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung erfüllt sind. Entscheidend ist vielmehr, daß für die jeweilige Sach- und Rechtsgestaltung die besonderen Regeln über den Erlaß einstweiliger Anordnungen für anwendbar erklärt werden, so daß ein solcher nur aufgrund jener erfolgen kann.

III. Die umfassende Regelung eines Rechtsverhältnisses durch einstweilige Verfügung - In Fortführung vorstehender Überlegungen ist eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung durch eine einstweilige Verfügung grundsätzlich auch dann unzulässig, wenn eine Anwendung der besonderen Regeln über einstweilige Anordnungen weder direkt noch entsprechend in Betracht kommt. [18] Dies ergibt sich m.E. aus dem bereits angeführten Vorrang der besonderen Normen vor den allgemeinen. Hintergrund dieses Grundsatzes ist die Überlegung, daß der Gesetzgeber durch die besondere Regelung eine von den allgemeinen Rechtssätzen abweichende Interessenbewertung für die verschiedenartigen Situationen vorgenommen hat, denen von der allgemeinen Interessenlage abweichende Interessen der Parteien zugrunde liegen. Ist die spezielle Norm tatbestandlich auf rechtliche Konstellationen beschränkt, die durch bestimmte Parteihandlungen hervorgerufen werden, so kommt dadurch zum Ausdruck, daß die Rechtsfolgen dieser Spezialnorm nur eingreifen sollen, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen. Da die Rechtsinstitute, in denen der Gesetzgeber seine Entscheidung für einstweilige Anordnungen getroffen hat und in denen deren

---

18) im Ergebnis ebenso Schönke-Baur § 12 III 7; a.A. Stein-Jonas-Münzberg vor § 704 Rdnr. 96; Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 704 Grdz. 6 E; Thomas-Putzo § 935 Anm. 1b

Inhalte tatbestandlich umrissen sind - und insoweit werden auch die Fälle einstweiliger Anordnungen infolge der entsprechenden Anwendung der §§ 707, 732 Abs. 2, 769 mit einzubeziehen sein -, neben die Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes gestellt sind, folgt aus einem Umkehrschluß, daß die spezialgesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, ansonsten nach dem Willen des Gesetzgebers einstweilige Anordnungen in der Zwangsvollstreckung überhaupt auszuscheiden haben. Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine einstweilige Verfügung kann somit nicht ausreichen, weshalb sich eine einstweilige Einstellung durch eine solche verbietet. Denn würde eine einstweilige Verfügung zugelassen, könnte zwar eine einstweilige Einstellung abseits der Spezialnormen nicht angeordnet werden, ohne daß eine solche im Sinne der gesetzgeberischen Grundsatzentscheidungen in den §§ 707, 732 Abs. 2, 769 zur Wahrung der Parteiinteressen auch erforderlich wäre, weil auch im Rahmen einer Regelungsverfügung nach § 940 generell eine Interessenabwägung vorgenommen werden muß, [19] die sich dann an jenen auszurichten hätte. Die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte blieben im subjektiven Bereich damit hier wie dort dieselben. Aber die sich aus dem jeweiligen Verfahrensstadium ergebenden Wertungen, die den Gesetzgeber überhaupt erst zur Zulassung einstweiliger Anordnungen bewogen haben, blieben unberücksichtigt. Die einstweilige Einstellung der Vollstreckung darf dann aber auch nicht mit einer einstweiligen Verfügung zu erlangen sein.

Dennoch wird in bestimmten Fällen, in denen ein ge-

---

19) Leipold 89 ff.

richtliches Verbot der Vollstreckung aus einem Titel begehrt wird und in denen die Voraussetzungen für eine einstweilige Anordnung fehlen, weil etwa die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 nicht zulässig ist, [20] im Rahmen der einstweiligen Regelung eines Rechtsverhältnisses auch eine einstweilige Verfügung eventuell für zulässig zu erachten sein, die eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung zum Inhalt hat. [21] Dann stellt die Einstellung gewissermaßen nur einen Teil des gesamten Regelungsumfanges der einst= weiligen Verfügung dar.

Es bleibt festzuhalten, daß diese Frage nur hinsicht= lich einer Regelungsverfügung nach § 940 erörtert wer= den kann, die eine umfassende vorübergehende Regelung des Rechtsverhältnisses der Parteien zum Gegenstand hat. Denn würde man sich mit einer Sicherungsverfügung begnügen, so blieben doch nur die Interessen des Schuldners einseitig berücksichtigt, da dann lediglich danach zu fragen wäre, ob in dessen Person Verfügungs= anspruch und -grund vorliegen. Bei der Sicherungsver= fügung wird nämlich der Anspruch des Schuldners abge= sondert vom übrigen Rechtsverhältnis nach der Wahr= scheinlichkeit seines Bestehens beurteilt; für eine Berücksichtigung der Gläubigerinteressen ist kein Raum. Eine Sicherungsverfügung würde somit der Situation und dem erstrebten Ziel eines beiderseitigen Interessen= ausgleiches nicht gerecht werden, da auch auf Seiten

---

20) RGZ 61, 359, 361; OLG Köln JW 30, 175 m.zust.Anm. Jonas. Es ist jedoch zu beachten, daß im Falle des OLG Köln a.a.O. heute aufgrund der Fortsetzung des vermeintlich beendeten Verfahrens § 707 entsprechend anzuwenden sein wird.

21) Stein-Jonas-Münzberg vor § 704 Rdnr. 96; Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 704 Grdz. 6 E

des Gläubigers schützenswerte Interessen bestehen. Dagegen liegt der Regelungsverfügung eine abwägende Berücksichtigung des gesamten Rechtsverhältnisses, also der Interessen beider Parteien zugrunde. Der erstrebte Interessenausgleich kann somit nur über eine Regelungsverfügung erreicht werden, die auch nach ihren tatbestandlichen Voraussetzungen diese Aufgabe leisten kann. Und ein Bedürfnis nach einer solchen Regelung kann ausnahmsweise eben auch dann noch bestehen, wenn bereits ein vollstreckbares Urteil über einen Anspruch existent ist, sofern nicht hier spezielle Normen zu einem weitergehenden Schutze des Schuldners (etwa §§ 721, 765a) eingreifen.

Man wird der Auffassung, die eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung durch einstweilige Verfügung in diesem Zusammenhang zuläßt, zu folgen haben. Insbesondere scheitert eine solche einstweilige Verfügung an dem Erfordernis eines "streitigen Rechtsverhältnisses" (§ 940) dann nicht, wenn sich dieses nicht nur in dem im Urteil festgestellten Anspruch erschöpft, sondern darüber hinaus auch noch andere Rechtspositionen umfaßt.

Der Inhalt einer solchen Regelung steht im Ermessen des Gerichts. Als Beispiel für die Zulässigkeit einer Regelungsverfügung führt § 940 an, daß eine Regelung "zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint". Damit geht § 940 in seinen Anforderungen noch über die Voraussetzungen der ausdrücklichen Regelungen einstweiliger Anordnungen (vgl. §§ 707, 719, 732 Abs. 2, 769) hinaus, die im Grundsatz [22] den aus einer un-

22) zu den zusätzlichen Voraussetzungen einer einstweiligen Einstellung ohne Sicherheitsleistung vgl. § 707 Abs. 1 Satz 2 sowie unten S. 64 f..

gerechtfertigten Vollstreckung drohenden Nachteil ausreichen lassen, ohne diesem ein besonderes Gewicht abzufordern, und lediglich für bestimmte Anordnungen die Voraussetzung eines nicht zu ersetzenden Nachteiles aufstellen (§ 707 Abs. 1 Satz 1 2.Halbsatz, Satz 2). Vielmehr erfährt dieser Nachteil sein besonderes Gewicht allein aus der möglichen ungerechtfertigten Vollstreckung, hingegen dieses bei der einstweiligen Verfügung aus der Gesamtschau der Rechtsbeziehungen folgt, weil diese zur Sicherung der beiderseitigen Interessen u.a. eine einstweilige Anordnung hinsichtlich der Vollstreckung erforderlich erscheinen lassen. Das der Regelungsverfügung vorgegebene Ziel einer Sicherung des Rechtsfriedens hat eben die Absicherung des gesamten Rechtsverhältnisses zu besorgen, weshalb auch alle sich aus diesem ergebenden Gesichtspunkte in die Beurteilung mit einzubeziehen sind. Und danach ist insbesondere die Notwendigkeit einer Regelungsverfügung zu überprüfen.

Es bestehen somit hinsichtlich einer durch Regelungsverfügung angeordneten einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung in diesem Zusammenhang ähnliche gesetzliche Interessenwertungen, wie sie den §§ 707 usw. zugrunde liegen. Daraus kann der Schluß gezogen werden, daß mit einer Regelungsverfügung als Teilanordnung innerhalb einer umfassenden vorläufigen Regelung des gesamten Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien eine einstweilige Einstellung verfügt werden kann.

IV. Einstweilige Anordnung als einziger Inhalt einer einstweiligen Verfügung - Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß eine umfassende einstweilige Regelung auch durch eine einzige Anordnung, nämlich gerade einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung,

erreicht werden kann. Dies gilt insbesondere für die Klage aus § 826 BGB gegen ein rechtskräftiges Urteil, die sich auf die Leistung von Schadensersatz sowie die Unterlassung der Zwangsvollstreckung und die Herausgabe des Vollstreckungstitels richten kann. [23] Interessant sind in diesem Zusammenhang die Ansprüche auf Unterlassung der Zwangsvollstreckung und Herausgabe des Vollstreckungstitels.

Das Ziel einer einstweiligen Verfügung muß es sein, das gesamte Rechtsverhältnis zwischen den Parteien so zu regeln, daß sowohl der Gläubiger hinsichtlich seines vollstreckbaren Anspruches als auch der Schuldner in bezug auf seine Ansprüche aus § 826 BGB eine Absicherung erfährt. Man kann dies nicht schon dadurch vollständig erreichen, daß dem Gläubiger die Benutzung des Titels zur Vollstreckung untersagt bzw. die Herausgabe der vollstreckbaren Urkunde an einen Sequester angeordnet wird. Denn damit würde ausschließlich eine Sicherung des Schuldners erreicht, da durch einen solchen Ausspruch für die Dauer seiner Geltung endgültige, nicht mehr abänderbare Verhältnisse geschaffen würden, eine einstweilige Verfügung somit eine zumindest zeitweilige Erfüllung zur Folge hätte. Für den vorliegenden Fall ergibt sich aber die Notwendigkeit, auch die Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen. [24]

Das Gericht hat dafür zu sorgen, daß der vom Antragsteller/Schuldner mit der einstweiligen Verfügung er-

---

23) etwa BGHZ 26, 391 = NJW 58, 826 = MDR 413; siehe auch unten S. 311

24) zur Zulässigkeit der Berücksichtigung auch der Interessen des Antragsgegners siehe Stein-Jonas-Grunsky § 940 III 4

strebte Zweck erreicht wird, und zwar hier auch unter Wahrung der Interessen des Gläubigers. Es ist deshalb hinsichtlich des Inhaltes der Verfügung nicht an die Anträge der Parteien gebunden, sondern kann diese nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen in einer Weise ausfüllen, wie es in der jeweiligen Situation am zweckdienlichsten erscheint. [25] Und hierzu bietet sich die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung etwa gegen Sicherheitsleistung geradezu an. [26] Mit einer solchen Anordnung wird dem Sicherungsbedürfnis beider Parteien Rechnung getragen. Andere Maßnahmen werden jedoch keineswegs ausgeschlossen, sofern sie dem Sicherungsbedürfnis der Parteien bzw. der jeweils für den Einzelfall zu bestimmenden Interessenlage besser entsprechen.

So gesehen stellt sich die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung durch eine Regelungsverfügung als Folge des dieser immanenten Zweckes dar, eine umfassende vorübergehende Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen beiden Parteien zu erreichen, ohne daß der den einstweiligen Anordnungen zugrunde liegenden Wertung des Gesetzgebers zuwider gehandelt würde.

V. Einstweilige Anordnung durch einstweilige Verfügung wegen Eilbedürftigkeit - Im übrigen wird jedoch die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen zur Einwirkung auf das Vollstreckungsverfahren abzulehnen sein. Insbesondere kann diese nicht mit dem

---

25) zum Ganzen Stein-Jonas-Grunsky vor § 935 III 2 a.E.; § 938 I pr.

26) im Ergebnis wohl ebenso RGZ a.a.O.; OLG Köln a.a.O.; offengelassen von OLG München MDR 76, 763 f.

Vorliegen einer besonderen Eilbedürftigkeit begründet werden. [27] Dies soll an ein paar Beispielsfällen aufgezeigt werden.

Legt der Beklagte Berufung gegen ein vorläufig vollstreckbares Urteil ein und beantragt gleichzeitig die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung, so wird das Berufungsgericht, das die Erfolgsaussicht des Rechtsmittels zu überprüfen hat, [28] auf jeden Fall vor seiner Entscheidung über diesen Antrag die Berufungsbegründung abzuwarten haben, ansonsten die Erfolgsaussicht weder hinsichtlich der Zulässigkeit (§§ 519, 519b) noch der Begründetheit der Berufung beurteilt werden kann. Doch auch das über die einstweilige Verfügung entscheidende Gericht hat die Schlüssigkeit des Antrages seiner Entscheidung zugrunde zu legen. [29] Da aber eine einstweilige Anordnung in der Vollstreckung nach den ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen nur dann ausgesprochen werden kann, wenn die Erfolgsaussicht des jeweiligen Rechtsbehelfes jedenfalls nicht schon nach summarischer Überprüfung ausgeschlossen werden kann, wird auch das mit dem Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes angegangene Gericht die Erfolgsaussicht des in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfes zu prüfen haben. Denn der Schuldner darf nicht deshalb besser gestellt werden, nur weil er statt einer einstweiligen Anordnung eine einstweilige Verfügung beantragt hat. Zur Beurteilung der Erfolgsaussicht der Berufung wird das Gericht aber in jedem Falle die Akten des Verfahrens in der Hauptsache beizuziehen haben.

---

27) so aber Stein-Jonas-Münzberg a.a.O.

28) siehe unten S. 40 ff.

29) Stein-Jonas-Grunsky § 940 I

Nur aufgrund des gesamten Akteninhaltes kann die erforderliche umfassende Beurteilung der Erfolgsaussicht der Berufung und die Abwägung der Parteiinteressen erfolgen.

Ist das Gericht der Hauptsache, also das Berufungsgericht, mit dem einstweiligen Rechtsschutzverfahren befaßt - und sei es auch nur im Wege des Bereitschaftsdienstes nach Dienstschluß -, so ist nicht ersichtlich, warum über den Erlaß einer einstweiligen Verfügung schneller entschieden werden könnte als über den einer einstweiligen Anordnung. Wird dagegen das Amtsgericht im Wege seiner subsidiären Hilfszuständigkeit nach § 942 mit dem Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung angegangen, so wird es, da es nach den vorstehenden Ausführungen die Akten der Hauptsache zur Beurteilung der Erfolgsaussicht beizuziehen hat, schon aus zeitlichen Gründen nicht ohne mündliche Verhandlung entscheiden können, vielmehr Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen müssen. [30] In dieser Zeit hätte aber auch das Gericht der Hauptsache über eine einstweilige Anordnung befinden können, selbst wenn man die Möglichkeit einer Abkürzung der Ladungsfrist in Betracht zieht.

Wird in einem anderen Fall Einspruch gegen ein amtsgerichtliches Versäumnisurteil eingelegt und die einst-

---

30) Ganz abgesehen davon, daß in diesen Fällen die besondere Zuständigkeit des Amtsgerichtes nach § 942 Abs. 1 nicht gegeben sein dürfte, weil dann, wenn ohnehin mündliche Verhandlung anberaumt werden muß, in der Mehrzahl der Fälle eine dringende Angelegenheit nicht vorliegen wird.

weilige Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragt, so kann das Gericht der Hauptsache über eine einst= weilige Anordnung genauso schnell befinden wie über eine einstweilige Verfügung. Wird das Amtsgericht im Wege seiner subsidiären Hilfszuständigkeit mit dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes befaßt, so gelten die vorstehenden Ausführungen sinngemäß.

Ein Bedürfnis nach der Zulassung einstweiliger Ver= fügungen besteht somit in diesen Fällen m.E. nicht.

Teil II Einstweilige Anordnungen in der Zwangsvollstreckung - Voraussetzungen, Inhalt und Anfechtbarkeit

1. Kapitel Einstweilige Anordnungen nach § 707 ZPO

§ 3 Die direkte Anwendung des § 707 ZPO

I. Fallgruppen - a) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 233 ff. [31] - Die Wiedereinsetzung ist ein Rechtsbehelf eigener Art, der allen Verfahrensordnungen eigen ist und zur prozessualen Heilung der Versäumung von Fristen dient. Die Fristversäumung führt an sich zur Unzulässigkeit eines befristeten Rechtsbehelfes. Die Wiedereinsetzung in die versäumte Frist überspielt diese und führt zu dessen Zulässigkeit.

---

31) Die Vereinfachungsnovelle brachte auch bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand einige Veränderungen. Die wichtigste ist die Einführung eines "Verschuldensprinzips", womit für das Zivilprozeßrecht und infolge der allgemeinen Verweisung des § 46 Abs. 2 ArbGG auch für die Arbeitsgerichtsbarkeit eine Anpassung an die anderen Verfahrensordnungen erfolgte, §§ 26 Abs. 2 EGGVG, 112 Abs. 2 StrVollzG, 22 Abs. 2 FGG, 67 Abs. 1 SGG, 60 Abs. 1 VwGO, 56 Abs. 1 FGO, 44 StPO. Zu weiteren Änderungen vgl. etwa die §§ 85 Abs. 2, 233 ff.. Eine die Wiedereinsetzung gewährende Entscheidung ist unanfechtbar, § 238 Abs. 3. Dadurch soll eine nachträgliche Entwertung des Berufungsverfahrens für den Fall vermieden werden, daß das Revisionsgericht die Wiedereinsetzung für ungerechtfertigt hält (BTDrucksache VI/790 zu Nr. 25, S. 47).

Dabei kann sowohl in die Frist zur Einlegung als auch zur Begründung des Rechtsmittels [32] Wiedereinsetzung gewährt werden, aber auch in die Wiedereinsetzungsfrist des § 234 Abs. 1 selbst, § 233.

Das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist auch in dogmatischer Hinsicht von eigener Art. Durch die Versäumung der Rechtsmittel(begründungs)frist wurde an sich die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung, sei es eines Beschlusses, der mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist, oder eines Urteiles, herbeigeführt, und zwar auf formeller wie auch auf materieller Ebene. Gleichwohl hat die Wiedereinsetzung die Zulässigkeit des Rechtsmittels bzw. Einspruchs zur Folge, und eröffnet dem Säumigen die Rechtsmittelinstanz. Dagegen enthält sie keine Wiedereröffnung der Rechtsbehelfsfrist; [33] dies ergibt sich für den Rechtszustand vor der Vereinfachungsnovelle daraus, daß mit der Antragstellung auf Wiedereinsetzung die versäumte Rechtshandlung nachzuholen war, § 236 Satz 2 Ziff. 3 a.F., nach der Vereinfachungsnovelle aus dem Erfordernis, die versäumte Prozeßhandlung noch innerhalb der Antragsfrist nachzuholen, also innerhalb von 2 Wochen nach Behebung des Hindernisses, §§ 236 Abs. 2 Satz 2 1.Halbsatz, 234

---

32) § 233 Abs. 1 a.F. wurde durch die Versäumung der Frist zur Begründung einer Beschwerde in den Fällen der §§ 621e, 629a, die aus der Ehe- und Familienrechtsreform hervorgegangen sind, erweitert. Man wird jedoch beachten müssen, daß diese Rechtsbehelfe der freiwilligen Gerichtsbarkeit darstellen.

33) Rosenberg-Schwab § 70 V; Thomas-Putzo § 233 Anm. 1

Abs. 1 und 2 n.F..

Trotz der Eröffnung der Rechtsmittelinstanz bzw. beim Einspruch der mündlichen Verhandlung über Einspruch und Hauptsache gegen eine "an sich" rechtskräftige gerichtliche Entscheidung bedeutet die Wiedereinsetzung rechtlich keine Durchbrechung der Rechtskraft. Denn die angefochtene Entscheidung wird als noch nicht rechtskräftig fingiert, indem infolge der Wiedereinsetzung von der Rechtzeitigkeit der vorgenommenen Prozeßhandlung ausgegangen wird.

Aufgrund der in bezug auf die weitere Vollstreckung aus dem Titel gegensätzlichen Interessen der Parteien werden vom Gesetzgeber einstweilige Anordnungen zugelassen. Dies ist nur deshalb möglich, weil praktisch mit dem Wiedereinsetzungsantrag die versäumte Prozeßhandlung nachzuholen ist. Denn erst dadurch wird ein Bedürfnis nach einer vorläufigen Maßnahme geschaffen, da nur jene eine Überprüfung der gerichtlichen Entscheidung einleitet, nicht schon der Wiedereinsetzungsantrag. Und gerade aus dem Umstand einer Weiterverhandlung über den Streitgegenstand mit der Möglichkeit einer abweichenden, dem Schuldner günstigen Entscheidung ergibt sich das Bedürfnis nach einer einstweiligen Anordnung.

Der innere Grund für die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen ist damit in der versäumten und nachgeholten Prozeßhandlung zu erblicken. [34] Die Wiederein-

34) Anders scheinbar die Systematik des Gesetzes, wenn § 707 als Grund-, § 719 dagegen nur als Entsprechensfall ausgestaltet ist. Nach dem hier gewählten dogmatischen Ansatz wäre § 719 der Grund-, § 707 aber der Entsprechensfall - bezogen allerdings nur auf die Wiedereinsetzung.

setzung, die mit der Notfrist eine Zulässigkeits=voraussetzung eines befristeten Rechtsbehelfes als gegeben fingiert, erscheint verfahrensrechtlich als Teil dieses Rechtsbehelfsverfahrens und gewinnt keine selbständige Bedeutung. [35]

b) Die Wiederaufnahme des Verfahrens, §§ 578 ff. - Die Wiederaufnahme führt zur erneuten Eröffnung eines Verfahrens, das durch ein rechtskräftiges Urteil bereits abgeschlossen worden ist. Mit ihr können nur schwerste Verfahrensverstösse (§ 579) oder eine Fälschung der Urteilsgrundlage (§ 580) einem Ausgleich zugeführt werden.

Die Wiederaufnahmeklagen führen dogmatisch zur Durchbrechung der Rechtskraft des Urteiles. Sie bewirken, wenn sie zulässig und begründet sind, die Weiterverhandlung über den vormaligen Streitgegenstand vor dem Gericht der ersten Instanz, soweit dieser vom Anfechtungsgrund überhaupt betroffen ist, § 590 Abs. 1. Ihrer Rechtsnatur nach sind die Wiederaufnahmeklagen prozessuale Gestaltungsklagen, mit denen die Aufhebung eines Urteiles verfolgt wird, und die wieder ins Hauptverfahren überleiten. Im Gegensatz zur Wiedereinsetzung eröffnet somit die Wiederaufnahme als Entscheidung über den außerordentlichen Rechtsbehelf selbst die Weiterverhandlung über den Streitgegenstand.

Das Bedürfnis nach einstweiligen Anordnungen zum Schutze des Schuldners [36] ergibt sich hier nicht nur

---

35) zur anderen verfahrensrechtlichen Ausgestaltung bei den Wiederaufnahmeklagen siehe sofort

36) dazu oben S. 3 f.

aus dem Umstand der Erhebung der Wiederaufnahmeklage, sondern auch aus dem Gesichtspunkt des Vertrauens=schutzes: Bei den den Wiederaufnahmeklagen zugrunde liegenden Fällen, die durch ihre Schwere geprägt sind, ist das Vertrauen des Gläubigers, aus einem rechts=kräftigen Urteil auch Befriedigung erlangen zu können, nicht im sonstigen Ausmaße schützenswert. Die Belange des Schuldners erfordern insoweit eine Korrektur.

c) Vorbehaltsurteile, §§ 302, 599 - Bis zur Verein=fachungsnovelle [37] war die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen gegenüber der Vollstreckung aus Vorbe=haltsurteilen gesetzlich nicht geregelt. Demgemäß war eine entsprechende Anwendung des § 707 in Recht=sprechung und Literatur umstritten. [38]

Die gesetzliche Regelung im Sinne der Anwendbarkeit des § 707 auch bei Vorbehaltsurteilen erfolgte durch die Vereinfachungsnovelle unter dem Hinweis des Gesetz=gebers auf die bislang überwiegende Auffassung. [39] Ein weiterer Schritt des Gesetzgebers, für Fälle, denen den Fallgruppen der §§ 707, 719 gleichgelagerte In=teressenkonstellationen zugrunde liegen, die Zulässig=keit einstweiliger Anordnungen einer gesetzlichen Grundlage zuzuführen.

---

37) Gesetz vom 3.12.1976 (BGBl. I S. 3281)

38) Zum Meinungsstand vor der Vereinfachungsnovelle vgl. zu § 302 Stein-Jonas-Schumann/Leipold (19) § 302 III 4; Baumbach-Lauterbach-Hartmann (34) 4 A; Thomas-Putzo (8) 2b; Zöller-Degenhart (11) 4b; zu § 599 siehe Rosenberg § 55 IV 2; Stein-Jonas-Schlosser (19) § 599 III 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann (34) 3; Zöller-Karch (11) 3; Wieczorek C IIa jeweils m.w.N.

39) BTDrucksache VI/790 zu Nr. 96 S. 67; BTDrucksache 7/2729 zu Nr. 82 S. 105

(1) Prozeßaufrechnung, § 302 - Der Schuldner/Beklagte stellt im Prozeß eine Gegenforderung zur Aufrechnung. Ist nur die Klageforderung, noch nicht dagegen die Gegenforderung entscheidungsreif, und stehen beide Forderungen nicht in einem rechtlichen Zusammenhang, so kann eine Entscheidung über die Forderung unter dem Vorbehalt der Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung ergehen, § 302 Abs. 1. Dieses Vorbehaltsurteil ist hinsichtlich der Rechtsmittel und der Vollstreckung als Endurteil anzusehen, § 302 Abs. 3, und für vorläufig vollstreckbar zu erklären, §§ 704 Abs. 1, 708 ff..

Das Vorbehaltsurteil wird ganz allgemein als auflösend bedingtes Endurteil angesehen. [40] Der Vorbehalt geht dahin, daß der Klageanspruch nur dann begründet ist, wenn nicht durch eine wirksame Aufrechnung bereits Erfüllung eingetreten ist. War wirksam

---

40) RGZ 77, 95, 96; Thomas-Putzo § 302 Anm. 1 pr.; Stein-Jonas-Schumann/Leipold III 1; Rosenberg-Schwab § 58 V 4. Diese Auffassung ist geprägt vom Nebeneinander materiellen und formellen Rechts. Während nach materiellem Recht die Erfüllungswirkungen der Aufrechnung rückwirkend, § 389 BGB, durch die Aufrechnungslage und die -erklärung , §§ 387, 388 BGB, eintreten und insoweit deshalb die Aufhebung des Vorbehaltsurteiles im Nachverfahren nur deklaratorischen Charakter hat, kommt dem Vorbehaltsurteil über die Klageforderung Rechtskraft- und Vollstreckungswirkung zu. Dies beruht auf dem verfahrensrechtlichen Umstand, daß die Begründetheit der Gegenforderung noch nicht in prozessual erforderlicher Weise festgestellt worden ist. Bezüglich dieser prozessualen Wirkungen kommt dem Aufhebungsurteil konstitutive Wirkung zu. Der Ausspruch im Nachverfahren wird so zur Bedingung des Vorbehaltsurteiles.

aufgerechnet worden, so hat der Klageanspruch nicht mehr bestanden, § 389 BGB, die Bedingung ist eingetreten.

Trotz des Vorbehaltsurteiles bleibt der Rechtsstreit hinsichtlich der Gegenforderung im Nachverfahren anhängig. Zu beachten ist jedoch, daß Streitgegenstand nach wie vor die Begründetheit der Klageforderung ist, § 302 Abs. 4 Satz 2, die durch die Entscheidung über die Gegenforderung festgestellt wird. [41] Es kommt nicht zur Rechtshängigkeit der Gegenforderung, obgleich die Entscheidung über diese bis zur Höhe der erklärten Aufrechnung in Rechtskraft erwächst. Folge daraus ist, daß die Gegenforderung anderweitig rechtshängig gemacht werden kann, ohne daß dort die Einrede der Rechtshängigkeit, § 261 Abs. 3 Ziff. 1, erhoben werden könnte. [42]

---

41) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 302 IV pr.

42) Stein-Jonas-Pohle § 145 VI 3; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 302 IV pr.; § 263 III 1; Wieczorek § 302 C Ic; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4 A; § 145 Anm. 4 E mit ausführlicher Begründung: die Einrede der Rechtshängigkeit ist nur bei Identität der anhängig gemachten Ansprüche gegeben. Bei der Aufrechnung ist nur der Klageanspruch gerichtlich geltend gemacht, die Gegenforderung ist lediglich Verteidigungsmittel. Die Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung steht dem nicht entgegen, da die materielle Rechtskraft nicht notwendig die vorherige Rechtshängigkeit bedingt. Auch mache § 261 Abs. 1 die Rechtshängigkeit von der Klageerhebung abhängig; Abs. 2 stehe nicht entgegen, da er nur eine besondere Form der Klageerhebung regele, BGHZ 57, 242 = NJW 72, 450; Lindacher, Prozeßaufrechnung und "Rechtshängigkeit", JZ 72, 429 ff., der eine Interessenbewertung vornimmt und daraus schließt, daß die Interessen der Parteien sowohl im Prozeß, in dem die Forderung zur Aufrechnung gestellt wurde, als auch dort, wo sie klageweise erhoben wurde, eine Rechtshängigkeit der Gegenforderung im Aufrechnungsprozeß nicht erfordern. A.A. Rosenberg-Schwab § 106 IV 2 und die dort Fußn. 7 Genannten.

Das Vorbehaltsurteil erlangt formelle Rechtskraft und ist Vollstreckungstitel. Es kann jedoch nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, da es nur bedingt ist und keine endgültige Klärung bringt. [43] Deshalb kommt es durch die Entscheidung im Nachverfahren zu keiner Durchbrechung der Rechtskraft des Vorbehaltsurteiles, selbst wenn dieses zu diesem Zeitpunkt nicht mehr angreifbar war.

(2) Vorbehaltsurteil im Urkunden-, Wechsel- und Scheckprozeß, § 599 - In dieser Prozeßart besteht die Eigenart, daß der Beklagte zum Beweis seiner Einwendungen nur mit Urkunden oder der Parteivernehmung zugelassen ist, §§ 598, 595 Abs. 2. Dies führt dazu, daß eine geltend gemachte Einwendung, für die nicht mit einem zulässigen Beweismittel Beweis angetreten worden ist, im Urkundenprozeß nicht berücksichtigt werden kann, obwohl sie nach materiellem Recht möglicherweise begründet ist. Deshalb bleibt trotz des Vorbehaltsurteiles ein Nachverfahren über die Begründetheit des Anspruches und die Erheblichkeit der Einwendungen, also mit demselben Streitgegenstand, im ordentlichen Verfahren anhängig. [44]

Auch dieses Vorbehaltsurteil stellt sich in Ansehung der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteil dar, § 599 Abs. 3. Hinsichtlich der dogmatischen Struktur gelten im Grundsatz auch hier die Ausführungen zur Prozeßaufrechnung. Insbesondere ergeht auch im vorliegenden Zusammenhang die Entscheidung im Nachverfahren über den Anspruch des Klägers nur hinsichtlich der

---

43) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 302 III 1; § 322 V 2

44) Stein-Jonas-Schlosser vor § 599 Rdnr. 3; Thomas-Putzo § 600 Anm. 1; Bettermann, Rechtshängigkeit und Rechtsschutz, 1949, 88 ff.; Schrader 21 f.

Verteidigungsmittel des Beklagten, da das Gericht an den Ausspruch des Vorbehaltsurteiles insoweit gebunden ist, [45] als dieses nicht auf der dem Verfahren im Urkundenprozeß eigentümlichen Beschränkung beruht, d.h. die rechtliche Beurteilung der Prozeßvoraussetzungen, der Einwendungen und der zu deren Beweis vorgelegten Urkunden durch das Gericht im Urkundenprozeß binden dieses auch für das Nachverfahren. [46] Im Wechselprozeß bleibt das Nachverfahren auf den Anspruch aus dem Wechsel beschränkt, und wird nicht auf den Anspruch aus dem Grundverhältnis ausgedehnt. Daraus folgt, daß auch im Nachverfahren Einwendungen nur insoweit beachtlich sind, als sie nach materiellem Wechselrecht, Art. 17 WG, gegen den Wechselanspruch erhoben werden können. [47]

(3) Nach alledem bestehen in dogmatischer Hinsicht doch gewisse Unterschiede zwischen den verschiedenen Vorbehaltsurteilen mit nachfolgendem Nachverfahren. So ist bei der Prozeßaufrechnung der Klageanspruch entscheidungsreif, d.h. schlüssig dargelegt und nachgewiesen, zur Feststellung seiner Begründetheit bedarf es jedoch noch der weiteren Verhandlung und Beweisaufnahme über das Bestehen der zulässig zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung. Demgegenüber sind im

---

45) Stein-Jonas-Schlosser a.a.O.

46) RGZ 159, 176; RG JW 02, 217; OLG München Bay.JMBl. 56, 35; zweifelnd Stein-Jonas-Schlosser § 600 Rdnr. 12, 13 im Anschluß an Schrader 36 ff. und Stürner, Die Bindungswirkung des Vorbehaltsurteils im Urkundenprozeß, ZZP 85, 424 ff.; ders., Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 17.1. 1973 - VIII ZR 48/71, ZZP 87, 85, 89 ff.

47) Stein-Jonas-Schlosser § 602 Rdnr. 1, 7

Urkundenprozeß die betreffenden Verteidigungsmittel bereits unstatthaft, [48] weil sie nicht der geforderten Form gemäß nachgewiesen werden konnten. Dies führt im Wechselprozeß zu der Besonderheit, daß der Schuldner mit Einwendungen gegen die wechselrechtliche Verpflichtung teilweise auch dann ausgeschlossen ist, wenn diese Einwendungen ausschließlich wechselrechtlichen Charakter tragen, etwa die Einwendung der Fälschung, Art. 69 WG, oder der mangelnden Vertretungsmacht, Art. 8 WG.

II. Die Entscheidung über den Erlaß einstweiliger Anordnungen als Ermessensentscheidung - Die Entscheidung, ob eine einstweilige Anordnung erlassen oder aber ihr Erlaß abgelehnt werden soll, ist in das Ermessen des Gerichtes der Hauptsache gestellt, das über den erhobenen Rechtsbehelf zu befinden hat. Das Gericht kann dieses Ermessen zwar frei, muß es andererseits aber auch pflichtgemäß ausüben. Im folgenden wird somit zu untersuchen sein, welche Grenzen dieser Ermessensausübung durch objektive Umstände, die in jedem Falle zu berücksichtigen sind, gezogen sind.

a) Die Interessenabwägung als Voraussetzung für eine einstweilige Anordnung - (1) Grundsatz der gesetzlichen Wertung hinsichtlich der Vollstreckbarkeit von Urteilen - Das Zwangsvollstreckungsrecht geht vom Vorrang der Gläubigerinteressen aus, da dieser bereits einen Titel erstritten oder auf sonstige Weise, § 794, erlangt hat. Dies rechtfertigt es, seine Interessen im Hinblick auf die Durchsetzung der verbrieften Forderung stärker zu bewerten als das Interesse des Schuldners, diese bis zur endgültigen Klärung aufzuschieben. Es gilt deshalb für Urteile der Grundsatz der vorläu-

---

48) d.h. in einem weiteren Sinne unzulässig

figen Vollstreckbarkeit, §§ 708 ff..

Dieser Bevorzugung der Gläubigerinteressen korres= pondiert die gesetzliche Struktur der Absicherung der Interessen des Schuldners zum Schutz vor ungerecht= fertigten Vollstreckungsmaßnahmen. Dadurch wird ihm im Grundsatz kein primärer Schutz gewährt, d.h. die Vollstreckung wird nicht untersagt, sondern es wird lediglich eine sekundäre Absicherung des Schuldners angestrebt, die die Schadensmomente abdeckt, die sich aus einer ungerechtfertigten Vollstreckung ergeben kön= nen. So können Urteile, die nicht der Aufzählung in § 708 unterfallen, nur gegen die Leistung einer Sicher= heit vorläufig vollzogen werden, § 709, [49] die der Höhe nach so bemessen sein soll, daß sie den möglicher= weise entstehenden Schaden erfaßt, [50] auf dessen Er=

---

49) Die Leistung der Sicherheit ist Voraussetzung für den Vollstreckungsbeginn, § 751 Abs. 2, die vom Vollstreckungsorgan von Amts wegen zu beachten ist.

50) Thomas-Putzo Vorbem. § 708 Anm. 4; Stein-Jonas-Münzberg § 709 Rdnr. 3; Baumbach-Lauterbach-Hart= mann 2; Zöller-Scherübl I 2. Durch die Sicherheits= leistung sollen nicht nur der Hauptanspruch zu= züglich Zinsen und Verfahrenskosten, sondern auch sonstige, etwa weiter entstehende Schäden abgedeckt werden, Zöller-Scherübl a.a.O.. Die Erfassung des letzteren Postens ist in der Praxis sehr schwer, wenn nicht gar unmöglich, da regelmäßig vom Ge= richt nicht voraussehbar ist, welche Schäden beim Schuldner in der Zukunft möglicherweise entstehen können. So beschränkt sich die Höhe der Sicherheitsleistung in den meisten Fällen auf die Abdeckung von Haupt- und Nebenansprüchen sowie die Verfahrenskosten, eventuell um einen Pauschal= betrag erhöht, siehe Baumbach-Lauterbach-Hartmann a.a.O..

satz der vollstreckende Gläubiger nach § 717 Abs. 2 haftet. [51] Diese Haftung tritt auch dann ein, wenn das Urteil ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar war. Die Haftung richtet sich hingegen nach Bereicherungsrecht, wenn der Gläubiger aus einem vorläufig vollstreckbaren oberlandesgerichtlichen Urteil in vermögensrechtlichen Streitigkeiten vorgeht, § 717 Abs. 3.

Die gesetzgeberischen Beweggründe für die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung sind unterschiedlicher Natur. Es lassen sich drei große Gruppen bilden:

aa) In der ersten Gruppe liegt die vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung im Verhalten der Prozeßparteien begründet, d.h. die Vornahme bzw. das Unterlassen bestimmter Handlungen führt zu einer minderen Schutzwürdigkeit der betreffenden Partei. Dies deshalb, weil aus der jeweiligen Parteihandlung eine geringere Besorgnis einer Aufhebung der Entscheidung im Rechtsmittel(behelfs)verfahren folgt. [52] Dies trifft auf Anerkenntnis-, Verzichts- und Versäumnisurteil ebenso zu wie auf Urteile nach Lage der Akten gemäß § 331a und auf die den Einspruch als unzulässig verwerfenden Prozeßurteile, § 341, die ebenfalls vor dem Hintergrund der Versäumung von Prozeßhandlungen gesehen werden müssen, § 708 Ziff. 1, 2 und 3.

bb) Bestimmend für die zweite Gruppe ist der Gesichtspunkt der Beschleunigung des Vollstreckungsverfahrens.

---

51) zur Rechtsnatur dieses Schadensersatzanspruches vgl. Schönke-Baur § 13 V 6 m.w.N.

52) Schönke-Baur § 13 II 1e

Die Gründe hierfür sind allerdings nicht einheitlich.

Hat der Gesetzgeber Erkenntnisverfahren geschaffen, die unter der besonderen Prämisse der Beschleunigung stehen, wie etwa der Urkunden-, Wechsel- und Scheck=prozeß, so muß sich dieser Gedanke auch im Vollstrek=kungsverfahren fortsetzen, damit der Beschleunigungs=effekt nicht wieder zunichte gemacht wird, § 708 Ziff. 4. [53] Gleiches gilt für Urteile, die das im Urkunden=prozeß etc. ergangene Vorbehaltsurteil nach Durchfüh=rung eines ordentlichen Erkenntnisverfahrens (Nachver=fahren) für vorbehaltlos erklären, § 708 Ziff. 5, da auch hier der Beschleunigungsgedanke des Urkundenpro=zeßes etc. hinsichtlich der Vollstreckung deshalb noch Geltung beanspruchen muß, weil doch gerade die im be=schleunigten Verfahren gewonnene Erkenntnis ihre Be=stätigung erfahren hat. [54]

In den den § 708 Ziff. 7, 8 und 9 zugrunde liegenden Fällen ergibt sich das Beschleunigungsbedürfnis aus deren materiellem Gehalt. So erfordert die größtenteils wohl bestehende Bedürftigkeit des Gläubigers in Miet- und Unterhaltssachen die sofortige Vollstreckbarkeit solcher Urteile ohne Sicherheitsleistung. [55] Bei über Besitzschutzansprüche entscheidenden Urteilen ergibt sich dieses Erfordernis daraus, daß schon der materiel=len Regelung mit ihrer nur beschränkten Zulassung von

---

53) Schönke-Baur § 13 II 1c: "Das knappe Erkenntnisver=fahren findet hier seine Fortsetzung in einem ener=gisch durchgeführten Vollstreckungsverfahren."

54) BTDrucksache VI/790 zu Nr. 97 S. 69; BTDrucksache 7/2729 zu Nr. 83 S. 106

55) Schönke-Baur § 13 II 1e

Einwendungen des Schuldners in § 863 BGB ein Beschleu=nigungselement innewohnt. [56]

cc) Die dritte Fallgruppe wird durch ihren rechtspo=litischen Charakter geprägt. So etwa, wenn in § 708 Ziff. 10 das verstärkte Vertrauen des Gesetzgebers in die materiell-rechtliche Richtigkeit oberlandesgericht=licher Urteile zum Ausdruck kommt, das ihm eine Auf=hebung im Rechtsmittelverfahren als weniger wahr=scheinlich erscheinen ließ. [57] Auch die Festsetzung von Wertgrenzen in § 708 Ziff. 11 sowie die vorläu=fige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung von Urteilen, die den Erlaß einer Maßnahme im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ablehnen oder einen entsprechenden Beschluß aufheben, § 708 Ziff. 6, [58] stellen rechtspolitische Entscheidungen dar.

Eine weitere Betonung erfährt das Gläubigerinteres=se durch die Zulässigkeit einer Anordnung der vor=läufigen Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung auch dann, wenn die Sicherheitsleistung für den Gläu=biger eine unzumutbare Belastung darstellen würde, §§ 710, 711 Satz 2.

(2) Durchbrechungen des Grundsatzes vom Vorrang der Gläubigerinteressen an einer sofortigen Vollstreckung - Das Gesetz gibt dem Schuldner in § 711 Satz 1 die Mög=lichkeit an die Hand, eine Vollstreckung des Gläubi=gers aus einem ohne Sicherheitsleistung für vorläufig

---

56) BTDrucksache VI/790 a.a.O.; BTDrucksache 7/2729 a.a.O.

57) Schönke-Baur a.a.O.

58) So stellt der Gesetzgeber in seiner Begründung BT-Drucksache VI/790 a.a.O., BTDrucksache 7/2729 a.a.O. ausschließlich darauf ab, daß eine Vollstreckung lediglich wegen der Kosten stattfindet.

vollstreckbar erklärten Urteil durch eine eigene Sicherheitsleistung bzw. Hinterlegung, deren Höhe vom Gericht im Urteil festgesetzt wird, abzuwehren. Dieser Weg bleibt ihm jedoch dann verwehrt, wenn gerade sein prozessuales Verhalten den Anlaß dafür gegeben hat, das Urteil ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären. [59]

Dadurch wird aber die stärkere Betonung des Gläubigerinteresses nicht aufgewogen, der Schutz seines Vertrauens, das sich auf den Umstand eines in einem ordentlichen Verfahren erstrittenen Urteils gründet, soll dadurch nicht geschmälert werden. Lediglich der unnützen Verschleuderung volkswirtschaftlicher Werte soll dann entgegengewirkt werden, wenn dem Sicherungsbedürfnis des Gläubigers Genüge getan ist. Das Bedürfnis des Gläubigers nach Befriedigung wird zunächst nicht erfüllt. Dies ist auch ganz natürlich, da, solange das Urteil noch überprüft werden kann und somit noch Zweifel am Bestehen des Anspruches bleiben, das Befriedigungsbedürfnis wegen der mit in die Abwägung einzubeziehenden Interessen des Schuldners folgerichtig auf ein Sicherungsbedürfnis zurückgeführt wird. Es sei denn, der Gläubiger sichert selbst die Schuldnerinteressen ab. [60]

Bei der Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit kommt das Gesetz dem Gläubiger noch weiter entgegen,

---

59) dazu oben S. 34. Dies ergibt sich eindeutig aus der Verweisung in § 711 Satz 1 nur auf § 708 Ziff. 4 - 11.

60) Dabei sollte das Gericht bei der Festsetzung der Höhe der zu leistenden Sicherheit sein besonderes Augenmerk darauf richten, daß sie alle Risiken abdeckt, insbesondere auch das einer evt. erforderlichen Wiederbeschaffung einer versteigerten Sache, und nicht nur den Wert von Haupt- und Nebenanspruch zuzüglich Kostenrisiko.

indem er von dieser befreit werden kann, wenn er durch sie unzumutbar belastet würde. In diesen Fällen kann er somit dem Schuldner die Befugnis zur Abwendung der Vollstreckung auch ohne eigene Sicherheitsleistung abschneiden.

Eine stärkere Gewichtung erfährt das Schuldnerinteresse jedoch dadurch, daß dieser ohne Rücksicht auf eine Sicherheitsleistung durch den Gläubiger dessen sofortige Vollstreckung dann durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abwenden darf, wenn aufgrund der Vollstreckung entgegen dem einstweiligen Charakter der vorläufigen Vollstreckbarkeit endgültige Verhältnisse in Form eines nicht zu ersetzenden Nachteiles des Schuldners geschaffen würden, § 712 Abs. 1 Satz 2.

In diesen Fällen kann eine stärkere Absicherung der Gläubigerinteressen gegenüber denen des Schuldners nur dann erreicht werden, wenn jene diese überwiegen. Dies macht eine Abwägung der beiderseitigen Interessen erforderlich. [61] Es ist aber zu beachten, daß in diese nur außerhalb der gesetzgeberischen Wertung in § 712 Abs. 1 liegende Gesichtspunkte eingestellt werden können, da sie auf diesen aufbaut. Damit sind diejenigen zusätzlichen Umstände zu berücksichtigen, die die in § 712 Abs. 1 normierte Wertung einer Bevorzugung der Schuldnerinteressen wieder zugunsten des Gläubigers verschieben. Dies soll durch ein Beispiel erhellt werden: Die Versagung einer Anordnung nach Abs. 1 in Abs. 2 setzt voraus, daß die Voraussetzungen des Abs. 1, insbesondere also ein nicht zu ersetzender Nachteil, gegeben sind. Die Grundsatzwertung des Gesetzgebers,

---

61) BTDrucksache VI/790 zu Nr. 97d S. 71; BTDrucksache 7/2729 zu Nr. 83 S. 109

bis zur Rechtskraft des Urteils keine unveränderlichen Verhältnisse zu Lasten des Schuldners zu schaffen, kann nur dann durchbrochen werden, wenn für den Fall der Nichtvollstreckung beim Gläubiger nicht zu ersetzende Nachteile entstehen würden. Die durch das Erstreiten des Titels gefestigte Position des Gläubigers fordert hier gleichwohl die Möglichkeit einer Vollstreckung.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die Wertungsgesichtspunkte des § 710 zugunsten des Gläubigers im Rahmen des § 712 Abs. 2 Satz 1 nicht zur Bejahung eines überwiegenden Gläubigerinteresses führen können, da der "nicht zu ersetzende Nachteil" in § 712 Abs. 1 weiter reicht als der nur "schwer zu ersetzende oder schwer abzusehende Nachteil" oder die sonstige Unbilligkeit in § 710. Aus diesen Ausführungen folgt zugleich, daß ein nicht zu ersetzender Nachteil des Gläubigers aufgrund dessen allgemeiner Vorrangstellung in den §§ 708 ff. zum überwiegenden Gläubigerinteresse führen muß, wenn dieser Nachteil mindestens gleich schwer wiegt wie der dem Schuldner drohende. [62, 63]

---

62) Ähnlich Thomas-Putzo § 712 Anm. 2b, die dem Interesse des Gläubigers an der Vollstreckung "im Zweifel" Vorrang einräumen, sowie Stein-Jonas-Münzberg 9. Diese Folgerung entspricht der Intention der Vereinfachungsnovelle, nach der im Kollisionsfall dem Gläubigerinteresse grundsätzlich Vorrang einzuräumen ist, BTDrucksache 7/2729 S. 109, 44 f.. Vgl. zum Begriff des überwiegenden Interesses auch die Erklärung von Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 712 Anm. 4, die auf die Ungewöhnlichkeit dieses Interesses abstellen.

63) Dieser gesetzliche Interessenausgleich ist nur dann sinnvoll, wenn das noch nicht rechtskräftige Urteil sachlich noch überprüft werden kann. Ist eine Anfechtung des Urteils nicht zulässig, weil etwa die Rechtsmittelsumme (§ 511a) oder der Wert der Beschwer (§ 546) nicht erreicht und ein Rechtsmittelanschluß (§§ 521, 556) nicht möglich ist, so ist das Urteil unbedingt vollstreckbar, Thomas-Putzo § 713 Anm.. Rechtstechnisch ist noch keine Rechts-

(3) Zeigte die Darstellung zu (1) und (2) die gesetzlichen Wertungen der Parteiinteressen für den Fall eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteiles bis zu dessen materieller Rechtskraft auf, so erfüllt § 707 eine gänzlich andere Funktion. Er hat die Anfechtung bereits materiell rechtskräftiger Urteile oder die weitere Rechtshängigkeit im Nachverfahren auf ein Vorbehaltsurteil hin, das selbst nicht mit Rechtsmitteln angegriffen worden ist, [64] zum Anknüpfungspunkt. Eine einstweilige Anordnung nach § 707 bedeutet eine echte Durchbrechung der Vorrangstellung der Gläubigerinteressen, weil durch die Einlegung der Rechtsbehelfe etc. Zweifel an der materiellen Richtigkeit des Urteils aufgeworfen werden. Gleiches gilt für die in § 719 erfaßten Rechtsbehelfe.

Im Rahmen der Ausübung seines Ermessens hat das Gericht eine Abwägung der Parteiinteressen durchzuführen. In diese Interessenabwägung sind insbesondere die folgenden Gesichtspunkte einzubeziehen.

aa) Die ganz allgemeine Auffassung fordert im Rahmen der Ermessensausübung die Beurteilung der sachlichen Erfolgsaussicht des Rechtsmittels oder - allgemeiner -

---

kraft eingetreten, da Rechtsmittel statthaft bleiben, sie also lediglich unzulässig sind, weil die Überprüfung der Zulässigkeit eines Rechtsmittels dem Rechtsmittelgericht vorbehalten bleibt. Deshalb sind auch diese Urteile, allerdings ohne Sicherheitsleistung, für vorläufig vollstreckbar zu erklären, § 713.

64) Für diesen Fall wären auf eine einstweilige Anordnung die §§ 719, 707 anwendbar.

der Anfechtung. [65] Die damit angedeutete Unterscheidung ist für die Fälle des § 719 belanglos, da dort der voraussichtliche sachliche Erfolg des Rechtsbehelfs demjenigen der "Anfechtung" entspricht. Anders aber bei § 707. Hier kann sich durchaus der sachliche Erfolg des Rechtsbehelfs von dem der Anfechtung unterscheiden, abgesehen davon, daß diese Konstruktion auf das Nachverfahren bei Vorbehaltsurteilen ohnehin nicht zutrifft. [66]

So fragt es sich bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, ob auf die Erfolgsaussicht des Wiedereinsetzungsantrages oder aber auf diejenige der nachgeholten Prozeßhandlung, d.h. regelmäßig des Rechtsmittels abzustellen ist. Das gleiche Problem taucht auch bei der Wiederaufnahme des Verfahrens auf: nämlich ist allein die voraussichtliche Wiederaufnahme zu beurteilen, wenn das Urteil auf einem der in §§ 579 f. genannten Fehlern beruht, oder darüber hinaus auch noch, ob dadurch auch eine sachliche Abänderung des Urteiles erreicht werden kann. Denn die Wiederaufnahme muß nicht den sachlichen Erfolg eines weiteren Verfahrens in der Hauptsache bedingen. Dies soll am Beispiel der Nichtigkeitsgründe deutlich gemacht werden. Dort wird die Kausalität der Gesetzesverletzung für die Fehlerhaftigkeit des Urteiles unwiderleglich vermutet. [67] Das Urteil ist aufzuheben, und es ist in der Sache neu zu entscheiden, [68] ohne daß der Nichtigkeitsgrund für diese sach-

---

65) Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 5; Thomas-Putzo 4c; Zöller-Scherübl III 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 1f; Schneider MDR 73, 356, 358

66) dazu unten S. 46 ff.

67) statt aller Thomas-Putzo § 551 Anm. 1

68) Wieczorek § 579 A I

liche Entscheidung Bedeutung erlangen könnte. Zum anderen sind bei der neuerlichen Verhandlung über den Teil des Urteiles, der von der Anfechtung betroffen ist und damit auf dem Wiederaufnahmegrund beruht, auch neue selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel zugelassen. [69] Dieses neue Vorbringen ist für die Erfolgsaussicht der Wiederaufnahmeklage selbst unerheblich, [70] im Gegensatz zu den ordentlichen Rechtsmitteln, bei denen es doch zum größten Teil deren Begründetheit ausmacht. [71, 72] Anders ausgedrückt: Können

---

69) RGZ 14, 329 f.; 82, 268, 273; Stein-Jonas-Grunsky § 590 Rdnr. 5; Wieczorek C Ib; Thomas-Putzo 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 2

70) Eine gewisse Durchbrechung bedeutet die Auffassung, das Ersturteil könne entsprechend § 343 aufrechterhalten bleiben, wenn das neue Verfahren zum selben Ergebnis wie dieses führt, Zöller-Schneider § 590 II 4; Thomas-Putzo 3; Stein-Jonas-Grunsky Rdnr. 10; Beitzke, Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm vom 12.7.1948 - 7 U 311/47, SJZ 49, 553 ff.; Zeuner, Über den Einfluß von Wiedereinsetzung und Wiederaufnahme auf die neue Ehe eines geschiedenen Ehegatten, MDR 60, 85, 87; a.A. Jauernig, Zivilurteil, 133; ders., Tod eines Ehegatten vor Beginn, während oder nach Abschluß des Eheprozesses, FamRZ 61, 98, 100; Gilles, Zur Systematik des Wiederaufnahmeverfahrens (Iudicium rescindens), ZZP 78, 466, 467; ZZP 80, 391, 419; Rosenberg-Schwab § 162 IV 3, da bei einem solchen Vorgehen das Ergebnis der Wiederaufnahmeklage und das der neuen Verhandlung über den vormaligen Streitgegenstand nicht auseinandergehalten werden, weil das Wiederaufnahmeverfahren in einzelne Verfahrensabschnitte unterteilt ist und eine Entscheidung über den nachgeordneten eine positive Entscheidung über den vorhergehenden Verfahrensabschnitt erfordert.

71) vgl. in diesem Zusammenhang die Neufassung der Präklusionsvorschriften in der Berufungsinstanz, §§ 527 528, durch die Vereinfachungsnovelle.

72) mit Ausnahme der Revision, da die Revisionsinstanz Rechtsinstanz ist, die hinsichtlich des Sachverhaltes für das Revisionsurteil auf den Tatbestand der Berufungsentscheidung verwiesen bleibt.

neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zur Begründetheit der Klage führen, so sind sie dennoch für die Beurteilung der Erfolgsaussicht einer Wiederaufnahme nicht beachtlich.[73] Der Erfolg der Wiederaufnahme ist somit nicht gleichbedeutend mit dem Erfolg der Anfechtung.

Damit tritt der Unterschied der beiden Ansatzpunkte offen zutage. Soll allein die Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs entscheidend sein, so ist in den Fällen des § 707 nicht unbedingt gesagt, daß diese eine Erfolgsprognose hinsichtlich der Anfechtung mit einschließt. Wird dagegen allgemein die Erfolgsaussicht der Anfechtung beurteilt, so enthält diese auch eine überschlägige Prognose in bezug auf eine Abänderung des Urteils, also hinsichtlich der Hauptsache.

Dies führt zu der allgemeinen Frage zurück, ob innerhalb der Interessenabwägung eine Prognose über die sachliche Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes anzustellen ist. Ihre Beantwortung hat sich an dem Spannungsverhältnis der Parteiinteressen unter Berücksichtigung des gesetzlichen Wertungsschemas zu orientieren.

Auszugehen ist somit vom Vorrang des Gläubigerinteresses, abgeleitet aus dem Grundsatz der vorläufigen Vollstreckbarkeit. Wird dieser durch die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung durchbrochen, so kann dies nur durch eine Verlagerung des Schwerpunktes in der Gewichtung der sich widerstreitenden Interessen gerechtfertigt sein. Dabei sind naturgemäß nur solche

---

73) dies ergibt sich eindeutig aus § 590 Abs. 2, der ausdrücklich zwischen Zulässigkeit und Begründetheit der Wiederaufnahmeklage einerseits und der erneuten Verhandlung über die Hauptsache andererseits trennt.

Interessen zu berücksichtigen, die einer ordnungsgemäßen Rechtsverfolgung dienen, da alle anderen Beweggründe nicht unter dem Schutze der Rechtsordnung stehen, ihnen also ein Rechtsschutzinteresse nicht zukommt. Daraus folgt zwingend, daß die sachliche Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes dahin zu überprüfen ist, ob diese Rechtsverfolgung nicht aussichtslos erscheint. [74], [75] Damit werden böswillige Schuldner wenigstens zum größten Teil [76] ausgeschieden, die nur zum Zwecke der Verzögerung des Rechtsstreites einschließlich des Vollstreckungsverfahrens Rechtsbehelfe ergreifen. Ihnen wird verwehrt, dem Gläubiger die praktische Rechtsverwirklichung abzuschneiden. [77]

Diese Grundsätze gelten in jedem Fall für die Einlegung eines Einspruchs oder einer Berufung. [78] Für

---

74) Eine solche Beurteilung ist nur dann möglich, wenn sich der Antragsgegner dazu geäußert hat; deshalb ist auch hinsichtlich einer einstweiligen Anordnung rechtliches Gehör zu gewähren, ganz hM in Rechtsprechung, BVerfGE 9, 95; 18, 404; 34, 346; BAG NJW 71, 910; OLG Düsseldorf OLGZ 66, 436, 440; OLG Köln MDR 74, 407; und Literatur, etwa Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 15 m.w.N.; Thomas-Putzo 5; Zöller-Scherübl III 2.

75) a.A. anscheinend Baur Studien 20 f., der ausschließlich darauf abstellt, ob und wie die Belange der Parteien durch eine Vollstreckung bzw. Nichtvollstreckung berührt werden.

76) Die Praxis lehrt jedoch, daß dies aufgrund der Eigenarten des Zivilprozesses nicht immer gelingt.

77) Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 6

78) Dabei ist zu beachten, daß der Eingang etwa der Berufungsbegründung abzuwarten ist, da ohne diese die Erfolgsaussicht nicht hinreichend beurteilt werden kann, BGHZ 53, 113. Doch kann eine einstweilige Einstellung mit der Maßgabe erfolgen, daß über sie nach Eingang der Begründungsschrift erneut zu entscheiden ist, zum Ganzen Stein-Jonas-Münzberg § 719 Rdnr. 3; § 707 Rdnr. 6, 19 Fußn. 53.

die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Wiederaufnahme des Verfahrens ergibt sich jedoch die bereits angedeutete Schwierigkeit in der Entscheidung darüber, worauf bei dieser Erfolgsprognose abzustellen ist. Ihre Auflösung wird von dem jeweiligen Zweck, der mit diesen Rechtsbehelfen verfolgt wird, abhängig zu machen sein.

Sinn und Zweck der Wiedereinsetzung ist es, demjenigen Schuldner, dessen Rechtsbehelf deshalb unzulässig ist, weil er unverschuldet die erforderliche Prozeßhandlung nicht rechtzeitig vorgenommen hat, die Möglichkeit der Anfechtung erneut zu eröffnen, ihn also so zu stellen, als sei die Frist noch nicht abgelaufen. Die Wiedereinsetzung ist damit praktisch nur Durchgangsstation zur Einlegung des Rechtsbehelfes, nur die Zulässigkeit dessen soll sie nachträglich bewirken. Da die Wiedereinsetzung somit im Grunde auf den Rechtsbehelf ausgerichtet ist, wird neben der Erfolgsaussicht des Wiedereinsetzungsantrages auch die des Rechtsbehelfes selbst zu beachten sein.

Anders aber der Zweck der Wiederaufnahme. Sie hat einen vollkommen andersartigen Interessenwiderstreit zu lösen. Denn hier wurde die Grundlage des Urteils in tatsächlicher Hinsicht fehlerhaft gebildet, so daß es für den Schuldner unzumutbar ist, die Vollstreckung hinnehmen zu müssen. Und dies eigentlich unabhängig von der Erfolgsaussicht einer neuerlichen Durchführung des Verfahrens in der Hauptsache, da auf jeden Fall Urteile auf fehlerhafter Grundlage infolge eines so schwerwiegenden Mangels im Sinne der Wiederaufnahmeklagen nicht geduldet zu werden brauchen. Andererseits ist es aber für den Gläubiger zumutbar, seinen Titel auf eine prozessual fehlerfreie Weise zu erstreiten, und zwar auch

dann, wenn die Fehlerhaftigkeit nicht seiner Risikosphäre entsprungen ist.

War das Verfahren fehlerhaft oder die Urteilsgrundlage gefälscht, so sind, soweit das Urteil auf diesen Fehlern beruht, die Parteiinteressen in der gleichen Weise wie vor der Durchführung eines Erkenntnisverfahrens zu beurteilen. Dies folgt aus der Garantie des Prozeßrechtes für ein ordnungsgemäßes Verfahren, und dieser Grundsatz überstrahlt alle anderen Interessen. Daraus ergibt sich weiter, daß die Wiederaufnahme lediglich dazu dient, durch die Aufhebung eines aus einem nicht ordnungsgemäßen Verfahren hervorgegangenen Urteiles nachträglich noch einen fehlerfreien Verfahrensablauf zu ermöglichen, unabhängig davon, ob dieses Verfahren zu einem anderen sachlichen Ergebnis führt. Deshalb ist es gleichgültig, welches Ergebnis die neue Verhandlung zeitigt, [79] und als weitere Folge ist bei einer Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens hinsichtlich einer einstweiligen Anordnung allein die Erfolgsaussicht einer Wiederaufnahme zu prüfen.

Ganz überwiegend wird auch bei Rechtshängigkeit eines auf ein im Urkundenprozeß usw. ergangenes Vorbehaltsurteil folgenden Nachverfahrens [80] eine Prüfung der Erfolgsaussichten der Einwendungen gefordert. [81] Auch bei der Beurteilung dieser Konstellation ist eine am Einzelfall ausgerichtete Interessenabwägung vorzunehmen.

---

79) Stein-Jonas-Grunsky § 590 Rdnr. 9, 10

80) dazu oben S. 30 f.

81) vgl. etwa BGH MDR 67, 202 = NJW 566; Hans.OLG Hamburg MDR 68, 590, 591; OLG Karlsruhe MDR 69, 931; LG Hamburg MDR 74, 676; Stein-Jonas-Schlosser § 599 Rdnr. 6; Thomas-Putzo 3; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 3; Berg, Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Vorbehaltsurteilen im Urkundenprozeß, DRiZ 51, 57, 61

Dabei ist dem Umstand besondere Bedeutung beizumessen, daß sich das Interesse des Gläubigers an einer Voll= streckung neben seiner allgemeinen Vorrangstellung ge= rade auch auf die Besonderheit des auf Beschleunigung angelegten Verfahrens des Urkundenprozesses usw. grün= det, in dem die Risiken des Schuldners, seine Einwen= dungen nicht urkundenmäßig beweisen zu können, bewußt angelegt sind. Diese Gefährdung der Schuldnerinteressen kann deshalb kein Punkt sein, der im Rahmen der Inte= ressenabwägung zu seinen Gunsten zu berücksichtigen wäre und die gesetzliche Grundsatzwertung verschieben könnte. Deshalb kann sich ein beachtliches Interesse des Schuldners an einer einstweiligen Einstellung der Vollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil nur aus der Möglichkeit seiner Aufhebung ergeben, so daß vorab die sachlichen Erfolgsaussichten der Einwendungen des Schuldners im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind.

Anders aber beim Vorbehaltsurteil nach § 302 Abs. 1. Denn hier braucht die Gegenforderung nicht mehr auf ihre Schlüssigkeit und somit auf ihren voraussicht= lichen Erfolg hin überprüft zu werden, da dies bereits im "Vorverfahren" geschehen ist. Bestünde nämlich keine Erfolgsaussicht in bezug auf die zur Aufrech= nung gestellte Gegenforderung, so wäre auch das Ver= fahren hinsichtlich dieser entscheidungsreif, eines Vorbehaltsurteiles bedürfte es nicht. Offen ist im Regelfall lediglich die Beweisbarkeit der Gegenfor= derung. Und dabei ist zu beachten, daß sich ein Ab= heben auf die Frage, ob die Gegenforderung bewiesen werden kann, als unzulässige vorweggenommene Beweis= würdigung darstellen kann. Dies jedenfalls dann, wenn der Schuldner Beweis für das Bestehen seiner Gegen= forderung angetreten hat, und die Durchführung der

Beweisaufnahme auch zulässig ist. Anders dagegen, wenn kein Beweis angetreten worden ist oder eine Beweisaufnahme nicht durchgeführt werden kann, weil es sich etwa um einen Ausforschungsbeweis handeln würde. In diesen Fällen ist entsprechend der Beweislast vom Nichtbestehen der Gegenforderung auszugehen, der Beklagte ist vorbehaltlos zu verurteilen. Die in diesem Zusammenhang zu untersuchende Problematik taucht dann nicht auf.

Die Prüfung der Erfolgsaussicht der zur Aufrechnung gestellten Forderung gewinnt jedoch dann wieder an Gewicht, wenn dieser eine Replik des Gläubigers gegenübersteht. Denn bei deren Durchgreifen wäre die Gegenforderung unbegründet und das Vorbehaltsurteil für vorbehaltlos zu erklären.

Es ist somit festzuhalten, daß bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich auch die Erfolgsaussicht der zur Aufrechnung gestellten Forderung zu berücksichtigen ist, wenn diese noch nicht entscheidungsreif ist.

bb) In diesen Zusammenhang der Interessenabwägung ist weiter die Frage gestellt, wie die sich gegenüberstehenden Interessen der beteiligten Parteien zu bewerten sind, wenn das Urteil ohnehin nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar ist, der Schuldner also eine weitgehende Abdeckung der Risiken durch die Sicherheitsleistung erfährt, die ihm durch eine Zwangsvollstreckung aufgebürdet werden, die sich auf ein möglicherweise zu Unrecht ergangenes Urteil stützt. [82]

---

82) Es muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß die angesprochene Problematik bezogen auf den gesamten Bereich nur eine relativ bescheidene Bedeutung erfährt. So kann sie überhaupt nur bei fol-

Bedeutung hat diese Fragestellung vor allem für die weiterführende Beurteilung, ob dem Schuldner unter diesen Voraussetzungen überhaupt noch ein schützenswertes Interesse an einer einstweiligen Anordnung zukommt.

Dies wird teilweise mit dem Hinweis bejaht, auch die Urteile, deren vorläufige Vollstreckbarkeit eine vorherige Sicherheitsleistung bedingt, seien vorläufig vollstreckbar im Sinne der §§ 708, 709 Abs. 1. [83] Zum

---

genden Fallgestaltungen auftauchen: a) Bei gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteilen, die mit Rechtsbehelfen des § 719 Abs. 1, also mit der Berufung angefochten sind (nicht dagegen beim Einspruch, da sowohl aus dem Vollstrekkungsbescheid als auch dem Versäumnisurteil ohne Sicherheitsleistung vollstreckt werden kann); denn einerseits erfassen die Fälle des § 707 entweder rechtskräftige Titel oder aber nach § 708 Ziff. 4 unbedingt vorläufig vollstreckbare, andererseits können Urteile nach § 708 Ziff. 11 ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar sein; gleiches gilt für die Revision, da Berufungsurteile in vermögensrechtlichen Streitigkeiten gemäß § 708 Ziff. 10 ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind. b) Anderes gilt insoweit nur für Berufungsurteile in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten. c) Gleichfalls grundsätzlich gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind Vorbehaltsurteile nach § 302 bei Durchführung eines Nachverfahrens über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung, da diese im Hinblick auf die Zwangsvollstreckung als Endurteile anzusehen sind, § 302 Abs. 3, und von § 708 Ziff. 4 nicht erfaßt werden; auch hM, vgl. etwa Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 302 III 3; Thomas-Putzo 2a; Zöller-Vollkommer III; Wieczorek B Ib 1.

83) OLG München OLGE 18, 391 f.; OLG Nürnberg JurBüro 64, 523; OLG Düsseldorf OLGZ 66, 436 = MDR 932 = JMBl.NRW 190; OLG Braunschweig NJW 74, 2138; Stein-Jonas-Münzberg § 719 Rdnr. 2; § 707 Rdnr. 7 mit Ausführungen zur Darlegungslast in Fußn. 25; Furtner, Anmerkung zum Beschluß des OLG Oldenburg vom 28.8.1957 - 2 U 156/57, NJW 58, 427

Teil wird dies mit der Begründung verneint, es bestehe für den Schuldner kein Rechtsschutzbedürfnis nach einer einstweiligen Anordnung, da bereits durch die geleistete Sicherheit eine Abdeckung seines evt. entstehenden Schadens erfolge. [84]

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage hat die Interessenlage der Parteien zu sein. Wie bereits dargelegt worden ist, [85] sind die gesetzlichen Wertungen in bezug auf den Grundsatz der vorläufigen Vollstreckbarkeit einerseits bzw. auf einstweilige Anordnungen andererseits unterschiedlicher Natur. Dies ergibt sich daraus, daß bei letzterer eine bereits verkündete Entscheidung angefochten worden ist, die den Gläubigerinteressen, gegründet auf die von dieser ausgehenden Vertrauenswirkung, einen gewissen Vorrang einräumt. Demgemäß bedeutet es auch keinen Wertungswiderspruch, wenn in § 711 n.F. dem Gläubiger die Befugnis eingeräumt wird, einer Abwendung der durch die vorläufige Vollstreckbarkeit eröffneten Vollstreckungsbefugnis durch Sicherheitsleistung des Schuldners dadurch zuvorzukommen, daß er seinerseits Sicherheit leistet. Andererseits ist bei der Anfechtung einer Entscheidung dieses Übergewicht zu Recht auf die Schuldnerinteressen verlagert, da nunmehr die Gefahr einer ungerechtfertigten Vollstreckung mit allen ihren Folgeerscheinungen zu beachten sein wird, der gegenüber das Interesse des Gläubigers, aus seinem Vollstreckungstitel gegen den Schuldner auch vorgehen zu können, ge-

---

84) OLG Oldenburg NJW 58, 426

85) dazu oben S. 32 ff.

ringer wiegt. [86] Dieser Vorrang des Schuldnerinteresses ist jedoch dann nicht gegeben, wenn sein Risiko durch die geleistete Sicherheit vollkommen abgedeckt wird. Dies ist dann der Fall, wenn diese den möglichen, auch evt. mittelbaren Schaden erschöpfend erfaßt, und dem Schuldner im Falle der Aufhebung des Urteiles im Verein mit der endgültigen Einstellung der Zwangsvollstreckung sowie der Aufhebung bereits durchgeführter Vollstreckungsmaßnahmen (§§ 775 Ziff. 1, 776) hinsichtlich der Rückerlangung der im Wege der Vollstreckung geleisteten bzw. hinterlegten Beträge rechtlich gleich qualifizierte Positionen zur Verfügung stehen.

Gemäß § 7 Abs. 1 HinterlO geht das Eigentum an dem zur Erfüllung der Auflage, Sicherheit zu leisten, hinterlegten Geldbetrag, § 108 Abs. 1 Satz 2, auf die Hinterlegungsstelle über. Dem Gläubiger verbleibt lediglich ein schuldrechtlicher Rückforderungsanspruch gegen die Hinterlegungsstelle auf Herausgabe des hinterlegten Betrages, §§ 109 Abs. 1 ZPO, 12 HinterlO. [87] An diesem Rückforderungsanspruch erwirbt der Berechtigte, d.h. derjenige, zu dessen Gunsten die Sicherheitsleistung angeordnet worden ist, somit der Schuld-

---

86) im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf a.a.O.; a.A. OLG Braunschweig a.a.O., das hierin eine vom Gesetzgeber nicht erkannte und damit nicht gerechtfertigte Gegensätzlichkeit erblickt.

87) Nach § 109 Abs. 1, 2 hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers die Rückgabe der geleisteten Sicherheit anzuordnen, wenn der Schuldner nicht innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist seine Einwilligung in die Rückgabe erklärt oder Klage wegen seiner Ansprüche an der Hinterlegungssumme erhoben hat.

ner, ein Pfandrecht [88] nach § 233 Fall 2 BGB. [89] Die Wirkungen des so erworbenen Pfandrechtes bestimmen sich nach den §§ 1273 ff. BGB, die Rechte des Pfandgläubigers nach den §§ 1204 ff. BGB. [90] Dies führt dazu, daß der Schuldner gemäß §§ 1257, 1231 BGB [91] einen Anspruch auf Herausgabe der Hinterlegungssumme hat. Allerdings wird man diesen Anspruch in entsprechender Anwendung des § 1247 BGB in der Höhe auf den tatsächlich eingetretenen Schaden zu beschränken haben, da sich nach § 1247 BGB die Aufteilung der Berechtigungen der Parteien nach ihren Rechten im Innenverhältnis bestimmt. [92] Dies ist nicht zuletzt auch ein Ausfluß des Akzessorietätsprinzips, nach dem ein Pfandrecht nur in der Höhe der jeweiligen Forderung, also hier des tatsächlich entstandenen Schadens bestehen kann.

Da hinterlegte Wertpapiere, §§ 108 Abs. 1 Satz 2 ZPO, 234 Abs. 1, 3 BGB, nach § 9 Abs. 1 HinterlO nicht in das Eigentum der Hinterlegungsstelle übergehen, erlangt der Schuldner ein Pfandrecht an diesen selbst, nicht lediglich am Herausgabeanspruch des Gläubigers. Im übrigen gelten jedoch die vorstehenden Ausführungen sinngemäß.

---

88) Palandt-Heinrichs § 233 Anm. 1; Soergel-Fahse 3

89) zur Anwendbarkeit des § 233 BGB auf eine Sicherheitsleistung nach § 108 siehe Palandt-Heinrichs a.a.O.; Thomas-Putzo § 108 Anm. 6a

90) Soergel-Fahse § 233 Anm. 3, 5

91) zum Pfandrecht nach § 233 BGB als einem gesetzlichen Pfandrecht im Sinne des § 1257 BGB vgl. Palandt-Bassenge § 1257 Anm. 1; Soergel-Augustin 1

92) Palandt-Bassenge § 1247 Anm. 2a bb; Soergel-Augustin 1, 12

Wird dem Gläubiger nachgelassen, die angeordnete Sicherheitsleistung durch eine Bürgschaft zu erbringen, so erwirbt der Schuldner gegen den Bürgen einen Direktanspruch nach § 765 BGB, [93] dessen Erlöschen das Gericht, das die Sicherheitsleistung bestimmt hat, nach Vorlage eines Rechtskraftzeugnisses anordnet, §§ 715 Abs. 1 Satz 2, 109 Abs. 2 Satz 1 2.Halbsatz. Der Gläubiger ist zum Abschluß eines Bürgschaftsvertrages verpflichtet, durch den sich der Schuldner entsprechend § 239 Abs. 2 BGB selbstschuldnerisch, also unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage rechtlich bindet. [94]

Für die zur Beurteilung anstehende Problematik kommt zudem dem Umstand Bedeutung zu, daß es aus den dargelegten Gründen für den Schuldner Schwierigkeiten etwa hinsichtlich der Höhe seiner Befriedigung aus dem hinterlegten Betrag geben kann. Denn er hat den genauen Nachweis über die Höhe des ihm zur Befriedigung gereichenden Betrages zu erbringen, weil die Höhe der Sicherheit in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist, § 709, und keineswegs mit dem tatsächlich entstandenen Schaden übereinzustimmen braucht, der höher, aber auch niedriger als der hinterlegte Betrag sein kann. Zwar sollte Maßstab für die Festsetzung der Höhe der Sicherheit der nach § 717 Abs. 2 mögliche Schadensersatzanspruch sein, doch lassen sich einmal nicht alle Risikofaktoren erkennen bzw. realistisch einschätzen.

---

93) vgl. etwa Thomas-Putzo § 108 Anm. 6a

94) dazu Stein-Jonas-Leipold § 108 Rdnr. 17; Thomas-Putzo 5d. Dabei ist zu beachten, daß Bankbürgschaften nach § 349 HGB auch ohne ausdrückliche Vereinbarung selbstschuldnerisch sind, Stein-Jonas-Leipold a.a.O..

So läßt sich etwa in Wettbewerbsprozessen mangels einer konkreten Möglichkeit der Erhebung und Bezifferung eines Schadens kaum beurteilen, welche Folgen für das Unternehmen ein Unterlassungsgebot hinsichtlich einer Wettbewerbshandlung zeitigt. Denn eine hypothetische Gewinnermittlung für den Fall, daß die Handlung nicht untersagt worden wäre, läßt sich schlechterdings nicht durchführen. Zudem zeigt ein Blick in die Praxis der Gerichte, daß sie der Berechnung der Höhe der Sicherheitsleistung lediglich den Wert des Hauptanspruches zuzüglich Zinsen und Verfahrenskosten zugrunde legen.[95] Trotz dieser Schwierigkeiten für den Schuldner darf in diesem Zusammenhang nicht außer Betracht bleiben, daß dies gerade der gesetzlichen Wertung der §§ 708 ff. vom grundsätzlichen Vorrang der Gläubigerinteressen entspricht, der nur eine Ausnahme bei der Sicherheitsleistung durch den Schuldner zur Abwendung der Vollstreckung aus einem ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil nach § 711 Satz 1 kennt. Deshalb kann durch die bezeichneten Schwierigkeiten das Interessengefüge nicht zu Gunsten des Schuldners verschoben werden, eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung wird durch sie grundsätzlich nicht gerechtfertigt. Dies bedeutet, daß jedenfalls dann kein vorrangiges Interesse des Schuldners an einer einstweiligen Anordnung bestehen kann, wenn der evt. entstehende Schaden eine vollkommene Abdeckung durch die geleistete

---

95) Thomas-Putzo vor § 708 Anm. 4; Stein-Jonas-Münzberg § 709 Rdnr. 3; bei einer Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen kennt die Praxis die Auferlegung einer Schadenspauschale, Schneider, Kostenentscheidung im Zivilurteil, 2.Aufl. 1977, S. 333 mit Beispiel zur Tenorierung; Stein-Jonas-Münzberg § 709 Rdnr. 4, jeweils m.w.N.

Sicherheit erfährt. [96] Dies folgt schon aus der gesetzlichen Regelung, die die Sicherheitsleistung zur Abdeckung des Schadensrisikos des Schuldners anordnet. Seine Interessen werden dadurch im Normalfall vollständig gewahrt. [97]

Sind schon unter Umständen die unmittelbaren Schäden nicht vollständig zu erfassen, und kann ein infolge der Vollstreckung entstehender mittelbarer Schaden wegen mangelnder Vorhersehbarkeit bei der Festsetzung der Höhe der Sicherheitsleistung nicht berücksichtigt werden, dann kann der Schuldner ein von der geleisteten Sicherheit nicht erfaßtes Risiko tragen. [98] Dies entspricht aber nicht der Intention des Gesetzgebers, der nach dem Ziel der §§ 708 ff. eine vollständige Absicherung des Schuldners gegen die ihm entstehenden Risiken beabsichtigt. Unter diesem Blickwinkel bildet die einstweilige Einstellung der Vollstrekkung aus Urteilen, die zwar nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar sind, deren Höhe aber den evt. entstehenden Schaden nicht abdeckt, die folgerichtige Fortführung des Gedankens der Absicherung des Schuldners vor ungerechtfertigter Vollstreckung. Dabei bleibt die einstweilige Einstellung nicht auf den Fall beschränkt, daß ein unersetzlicher Nachteil droht, [99] doch muß ein nicht ganz unbedeutender Schaden glaubhaft gemacht werden, der von der geleisteten

---

96) ebenso OLG Köln MDR 75, 850 = Betr. 1699 = JurBüro 1111 = BB 1133 (L)

97) Ausnahme: der entstandene Schaden übersteigt die geleistete Sicherheit; dazu sogleich

98) vgl. dazu auch oben S. 54 bei Fußn. 95

99) so aber RGZ 37, 411, 412

Sicherheit nicht abgedeckt wird. [100]

Dieses Ergebnis stellt sich als folgerichtiger Schluß aus den gesetzlichen Wertungen dar. Es kann folgendermaßen zusammengefaßt werden: Das Ziel der angemessenen Berücksichtigung der Schuldnerinteressen durch die Sicherheitsleistung, die das gesamte Risiko des von § 717 Abs. 2 erfaßten Schadensersatzanspruches abdecken soll, wird in den seltensten Fällen erreicht werden. Übersteigt der Schaden den zur Absicherung angesetzten Betrag, so ist das Risiko des Schuldners jedenfalls nicht mehr vollständig abgedeckt, d.h. das Interesse des Schuldners an einer einstweiligen Anordnung überwiegt das Gläubigerinteresse am Fortgang der Vollstrekkung, und zwar nicht nur dann, wenn dem Schuldner aus der Vollstreckung ein unersetzbarer Nachteil erwachsen würde. Dies zeigt bereits die stärkere Betonung der Schuldnerinteressen, wie sie in der gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Anordnung einer Sicherheitsleistung zum Ausdruck kommt, die in der Praxis der Ge-

---

100) vgl. dazu Schneider MDR 73, 356, 358. Im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf OLGZ 66, 436, 439, das ein Abstellen auf den konkreten Fall fordert. Dabei geht es aber gerade den zum hier eingeschlagenen umgekehrten Weg, wenn es darlegt, daß die einstweilige Einstellung grundsätzlich auch bei einem nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteil zulässig sei, das Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses für eine solche Maßnahme jedoch als Ausnahme formuliert. Dagegen wird hier vertreten, daß die Nichteinstellung den Grundsatz darstelle, da das Risiko des Schuldners nach der Intention des Gesetzgebers durch die geleistete Sicherheit abgedeckt wird, die Ausnahme aber in der Einstellung liege; ebenso Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 7 Fußn. 25. Für ein auf ein Vorbehaltsurteil nach § 302 folgendes Nachverfahren kann m.E. nichts anderes gelten; Vorbehaltsurteile nach § 599 sind ohnehin ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar, § 708 Ziff. 4.

richte regelmäßig Hauptanspruch zuzüglich Zinsen und Verfahrenskosten erfaßt, also gerade ersetzbare Werte. War diese Gefahr der Zufügung ersetzbarer Nachteile für den Gesetzgeber Grund genug, vom Vorrang der Gläubigerinteressen eine Einschränkung in Form der Verpflichtung zur Leistung einer Sicherheit zu machen, so wird deutlich, daß jede wahrscheinlich gemachte ungerechtfertigte Nachteilszufügung ohne Berücksichtigung in der zu leistenden Sicherheit vom Schuldner nicht hingenommen zu werden braucht. Dies gilt natürlich erst recht für unersetzbare Nachteile.

An dieser Wertung kann sich m.E. nichts ändern, wenn der Gläubiger von dem ihm nachgelassenen Recht Gebrauch macht, die Sicherheit durch Stellung einer Bürgschaft zu erbringen. Denn dadurch wird lediglich das Verfahren zur Abwicklung der Sicherheitsleistung geändert, nichts anderes ergibt sich aber für einstweilige Anordnungen im Hinblick auf die Vollstreckung und die diesen zugrunde liegenden Wertungen.

cc) Es bleibt in diesem Zusammenhang noch das Problem zu erörtern, ob der Schuldner auch dann etwa die einstweilige Einstellung der Vollstreckung erlangen kann, wenn dadurch erreicht wird, daß das Urteil seine materiellen Wirkungen einbüßt. Diese Folge tritt namentlich bei Unterlassungsurteilen ein. Denn bei diesen würde die einstweilige Einstellung bedeuten, daß der Schuldner dem nach wie vor bestehenden Unterlassungsgebot des Urteiles sanktionslos zuwiderhandeln könnte. Da nämlich die Vollstreckung ausgesetzt wäre, könnte die Befolgung des Urteilsspruches nicht nach § 890 durch ein Zwangsgeld erzwungen werden. Und würde das Urteil dann bestätigt, so wäre eine nachträgliche Sanktionierung

von Zuwiderhandlungen nicht möglich, da das Verbot noch nicht rechtskräftig bestanden hätte, und dem Schuldner in der Regel [101] aus der Verfolgung seiner Rechte kein Nachteil erwachsen darf.

Würde man somit eine einstweilige Einstellung zulassen, so führte dies dazu, daß während ihrer Dauer durch Handlungen des Schuldners endgültige Verhältnisse geschaffen werden könnten, und das Urteil für diese Zeit endgültig aller Wirkungen auch in materieller Hinsicht beraubt würde. [102] Daß solche Auswirkungen den Intentionen des Gesetzgebers nicht entsprechen, der mit der einstweiligen Einstellung dem Schuldner lediglich die Möglichkeit an die Hand geben wollte, der Gefahr ungerechtfertigter Vollstreckung zu entgehen, so lange eine Abänderung des Titels möglich ist, ohne jedoch eine solche Abänderung präjudizieren zu wollen, scheint mir keine Frage zu sein. Deshalb muß in die Interessenabwägung bei § 707 auch eine Beurteilung darüber einfließen, ob die Einstellung, die den Charakter der Vorläufigkeit trägt, also nur auf vorübergehenden Bestand angelegt ist mit der Folge, daß sie mit Erlaß der Entscheidung über den Rechtsbehelf selbsttätig außer Kraft tritt, [103] dieser Einstweiligkeit auch hinsichtlich ihrer tatsächlichen Auswirkungen auf die materielle Rechtslage Rechnung trägt. Denn es stellte eine untragbare Verkürzung des Rechtsschutzes des Gläubigers dar, wenn auf einen Rechtsbehelf des Schuldners hin durch eine "vorübergehende" Einstellung der Zwangsvollstreckung endgültige Verhält-

---

101) vgl. zu den Ausnahmen bei arglistiger Rechtsverfolgung etwa Palandt-Thomas § 826 Anm. 8n

102) Baur JZ 65, 541

103) Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 19; Thomas-Putzo 6

nisse [104] zu seinen Lasten auf der materiell-rechtlichen Ebene geschaffen würden, ohne daß diese Auswirkungen ausdrücklich in die Interessenabwägung mit einbezogen worden wären. [105]

Aus diesen Ausführungen ergibt sich bereits, daß allein der Umstand, daß durch die einstweilige Einstellung unveränderliche Verhältnisse eintreten werden, kein ausreichender Grund für ihre Verweigerung sein kann. [106] Vielmehr sind auch insoweit die Interessen des Gläubigers gegen die des Schuldners abzuwägen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß der Schuldner häufig durch die Befolgung des Unterlassungsgebotes in wirtschaftlicher Hinsicht einen Schaden erleiden würde, der ebenfalls einer nachträglichen Korrektur nicht mehr zugänglich wäre.

Auch hier hat Ausgangspunkt letztlich die gesetzliche Interessenbewertung zu sein, die ihrer ganzen Systematik nach dem Gläubigerinteresse ein Übergewicht verleiht, dessen Berechtigung sich aus dem erstrittenen Urteil ergibt. Droht somit aus der vorläufigen Voll-

---

104) Unabänderbare Verhältnisse werden zumindest für den Zeitraum geschaffen, für den die Einstellung Wirkungen entfaltet. Während ihrer begrenzten Dauer können darüber hinaus aber auch schon unersetzbare Nachteile eintreten.

105) Das Problem unveränderbarer Rechtszustände tritt auch bei der Revision und bei der Leistungsverfügung auf, dazu unten S. 96 Fußn. 171, S. 112 ff..

106) dazu siehe Pastor, Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO - Die Zwangsvollstreckung aus Unterlassungstiteln, 2.Aufl. 1976, S. 92 ff. m.w.N.

streckung eines Unterlassungsurteiles dem Schuldner ein irreparabler Schaden, und führt andererseits die einstweilige Einstellung zu einer endgültigen Korrektur des Urteiles während der Dauer der Einstellung mit der Folge eines nicht mehr auszugleichenden Schadens beim Gläubiger, so ist der Antrag auf einstweilige Einstellung zurückzuweisen. Ein Indiz für die Angemessenheit dieser Lösung ist jedenfalls auch § 717 Abs. 2, der dem Gläubiger eine Schadensersatzpflicht auferlegt, wenn sich nachträglich die Vollstreckung als ungerechtfertigt herausstellt. [107]

dd) Das Merkmal der Billigkeit - Die höchstrichterliche Rechtsprechung versagt eine einstweilige Anordnung zuweilen auch aus Billigkeitsgründen. [108] So hat der Bundesgerichtshof [109] etwa entschieden, bei befristeten Unterlassungsgeboten dürfe nicht eingestellt werden, wenn die Entscheidung zur Hauptsache erst nach Ablauf der Unterlassungsfrist erfolgen könne, da dies bedeuten würde, daß der Schuldner sanktionslos dem Unterlassungsgebot zuwider handeln könnte, andererseits aber die Entscheidung in der Hauptsache überhaupt keine materiellen und vollstreckungsrechtlichen Wirkungen mehr entfalten kann. [110] Das Bundesarbeitsgericht [111] weitet dies - zumindest in seinen Leitsätzen - zum allgemeingültigen Grundsatz aus.

---

107) ebenso Baur a.a.O.

108) BGH JZ 65, 540 m.Anm. Baur; BAG NJW 71, 910 = AP Nr. 3 zu § 719 ZPO m.Anm. Grunsky; NJW 72, 1775; zustimmend Stein-Jonas-Münzberg (19) § 719 II 2

109) a.a.O.

110) dazu Baur a.a.O.

111) a.a.O. mit zustimmender Anmerkung Grunsky a.a.O.

Die Einführung einer allgemeinen Kategorie der Billigkeit trägt m.E. wenig dazu bei, den Gerichten für die praktische Rechtsanwendung ein Instrumentarium an die Hand zu geben, das ihnen eine interessengerechte Entscheidung ermöglicht. Der Begriff der Billigkeit ist zu konturenlos, als daß allein mit ihm interessengerechte Ergebnisse erzielt werden könnten. Deshalb wird in jedem einzelnen Falle offenzulegen sein, aus welcher sachlichen und rechtlichen Konstellation ein Billigkeitserfordernis für eine einstweilige Anordnung abgeleitet wird. Dies wird dann ganz überwiegend dazu führen, daß im Rahmen der bereits erörterten Problembereiche argumentiert werden kann, [112] und damit ein Ausweichen auf die "Billigkeit" entbehrlich wird.

Im übrigen wird aber die allgemeine Einführung der Billigkeit in die Interessenabwägung abzulehnen sein. Denn zunächst sieht das Vollstreckungsrecht selbst für den Schuldner mannigfache Rechtsschutzmöglichkeiten vor, sich vor einer Vollstreckung zu schützen, die für ihn zu sozialen Härten führen würde, und zwar sowohl vor als auch nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung, §§ 712, 721, 765a, 811, 850 ff.. Greifen diese Regelungen nicht zu Gunsten des Schuldners ein, dann werden regelmäßig die Interessen der Parteien unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit gleichwertig sein, [113] d.h. das Interesse des Schuldners an

---

112) So kann der Fall des BGH a.a.O. problemlos unter dem Gesichtspunkt erörtert werden, daß durch eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung unveränderbare Verhältnisse geschaffen werden können, oben S. 57 ff.

113) so auch Grunsky a.a.O., der betont, entscheidend sei in der Regel die Beurteilung der Erfolgsaussicht.

einer einstweiligen Anordnung entspricht wertmäßig dem Interesse des Gläubigers an der Vollstreckung.

ee) Wird im Rahmen des § 707 Abs. 1 bei der Durchführung der Interessenabwägung die Frage geprüft, ob überhaupt eine einstweilige Anordnung erlassen werden soll, so ist grundsätzlich nicht darauf abzustellen, wie schwer ein vom Schuldner zu erduldender Nachteil wiegt. Dies zeigt ein Umkehrschluß aus § 707 Abs. 1 Satz 2. Wenn dort nur hinsichtlich der Zulässigkeit einer einstweiligen Einstellung ohne Sicherheitsleistung auf einen beim Schuldner eintretenden Schaden abgestellt wird, so folgt daraus, daß dieser Umstand ansonsten keine Berücksichtigung finden kann. Zwar wird dort auf nicht zu ersetzende Nachteile abgestellt, doch wird dadurch lediglich zum Ausdruck gebracht, daß für diese besondere Maßnahme die allgemein vom Schuldner zu ertragenden Nachteile, die jede zwangsweise Durchsetzung einer Forderung mit sich bringt, nicht ausreichen. Diese Nachteile, die auch im immateriellen Bereich liegen können, liegen dem § 707 immanent zugrunde, ohne daß im vorliegenden Zusammenhang auf ihr Gewicht abgestellt würde. Dieses ist erst durch eine wertende Gegenüberstellung der Parteiinteressen bei der Frage zu ermitteln, welcher Inhalt der einstweiligen Anordnung beizugeben ist.

Von diesem Grundsatz wird jedoch dann eine Ausnahme zu machen sein, wenn die dem § 707 zugrunde liegende Interessenbewertung im Einzelfall keine Geltung beanspruchen kann. Man wird dies etwa dann annehmen können, wenn die Beeinträchtigung des Schuldners durch die Vollstreckung so gering ist, daß eine einstweilige Anordnung unverhältnismäßig erscheinen würde. Dabei ist

die Unverhältnismäßigkeit aber nicht an Hand eines Vergleiches von Gläubiger- und Schuldnerinteressen zu ermitteln, sondern sie muß sich aus den Einwirkungen der Vollstreckung auf den Rechtskreis des Schuldners ergeben. Stellen sich diese als geringfügig dar, so wird schon der Erlaß einer einstweiligen Anordnung abzulehnen sein.

b) Inhalt der einstweiligen Anordnungen - Welche Anordnungen das Gericht im Wege einer einstweiligen Regelung erläßt, steht in seinem freien, pflichtgemäßen Ermessen. An das Begehren des Antragstellers hinsichtlich bestimmter Maßnahmen ist es nicht gebunden.[114, 115] Allerdings hat es sich im Grundsatz an die in § 707 Abs. 1 genannten möglichen Anordnungen zu halten.[116]

---

114) Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 6; Schneider MDR 73, 356, 358

115) Das Ermessen des Gerichts hat somit eine doppelte Ausstrahlung: einmal muß die Interessenabwägung ergeben, ob eine einstweilige Anordnung überhaupt ergehen kann, und, wenn dies zu bejahen ist, mit welchem Inhalt diese erfolgen soll.

116) a.A. RGZ 66, 305, 306; Schneider a.a.O., die die Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht auf die nach § 707 Abs. 1 möglichen Anordnungen beschränkt sehen wollen. Allerdings übersehen sie, daß der von ihnen bedachte Fall, daß die weitere Vollstrekkung von einer Erhöhung der Sicherheit abhängig gemacht wird, sich im Wege der Auslegung nach dem Prinzip des argumentum a maiore ad minus zwanglos unter diese Fälle subsumieren läßt; denn wenn schon überhaupt die Vollstreckung aus einem ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden kann, so muß dies erst recht für den minder gravierenden Fall möglich sein, daß sich die geleistete Sicherheit als nicht ausreichend herausstellt, und eine Erhöhung der Sicherheit zur Abdeckung der Schuldnerrisiken erforderlich, aber auch ausreichend erscheint.

Die weitaus wichtigste Alternative ist die einstweilige Einstellung der Vollstreckung gegen die Leistung einer Sicherheit durch den Schuldner, die der Abdeckung des Gläubigerrisikos dient. Die Höhe der Sicherheit muß die Urteilssumme zuzüglich der durch die Verzögerung der Vollstreckung entstehenden Risiken für den Gläubiger umfassen.[117] Dabei kann die Einstellung auf bestimmte Sachen oder Rechte beschränkt werden. Möglich ist auch die Anordnung der Zwangsvollstreckung aus einem ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteil nur gegen Sicherheitsleistung, oder aber eine Erhöhung der im Urteil festgesetzten Sicherheit.[118]

Weitergehend ist auch die Aufhebung bereits vollzogener Vollstreckungsmaßnahmen gegen Sicherheitsleistung, die allerdings das volle Interesse des Gläubigers an der aufzuhebenden Maßnahme abdecken muß, ermöglicht.[119] Einstellung und Aufhebung können kumulativ oder alternativ angeordnet werden.

Die einstweilige Einstellung der Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung erfuhr durch die Vereinfachungsnovelle eine Erschwerung. Danach muß der Schuldner nun glaubhaft machen, § 294, daß er zur Leistung einer Sicherheit nicht in der Lage ist und durch die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil erleidet.

---

117) BGH NJW 79, 417, 418; dort auch zur Frage der Rechtsnatur einer Bürgschaft, mit der die angeordnete Sicherheit erbracht worden ist.

118) RGZ a.a.O.; Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 7; Schneider a.a.O.; vgl. auch Fußn. 116

119) Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 18

Dies unterstreicht - wie im übrigen auch die Parallele zu § 710 n.F. zeigt - den Ausnahmecharakter einer solchen Anordnung. Denn von dem Grundsatz, daß die Vollstreckung aus Urteilen, die noch einer Abänderung unterliegen können, sowie ihre vorläufige Einstellung nur gegen Abdeckung der dadurch entstehenden Risiken der jeweils anderen Partei erfolgen soll, kann es nur eng umgrenzte Ausnahmen geben. Nur wenn der Schuldner zur Leistung der Sicherheit nicht in der Lage, also unvermögend ist, [120] kann die Einstellung ohne Sicherheit erfolgen, wenn zudem durch die Vollstreckung ein nicht zu ersetzender Nachteil droht.

Damit wird der Gedanke des Vorranges der Gläubigerinteressen, aus einem vollstreckbaren Urteil auch die Zwangsvollstreckung betreiben zu können, wieder aufgenommen. Dies erfordert eine Absicherung der Risiken, die dem Gläubiger aus der Einstellung erwachsen können. Und folgerichtig kann davon nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn sich die Sicherheit als für den Schuldner nicht aufbringbar herausstellt, und die ihm deshalb nicht abverlangt werden kann. [121]

Besonderheiten ergeben sich für die einstweilige Einstellung der Vollstreckung aus einem Versäumnisurteil, das mit einem Einspruch angegriffen wurde. Nach der Vereinfachungsnovelle bestimmt § 719 Abs. 1 Satz 2 n.F. in Fortführung des Ausnahmecharakters der einstweiligen

---

120) zu den Einzelheiten siehe Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 9 - 14

121) siehe zu den möglichen Anordnungen im einzelnen Schneider a.a.O.; hinsichtlich zusätzlicher begleitender Anordnungen Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 7

Einstellung ohne Sicherheitsleistung, daß die Zwangs= vollstreckung aus Versäumnisurteilen nur gegen Sicher= heitsleistung eingestellt werden kann. Diese Wertung entspricht auch den zugrunde liegenden Interessen: wer ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt, macht damit in aller Regel nach außen hin deutlich, daß er eine Rechtsverteidigung für aussichtslos hält. Dann mag er auch die erhöhte Beschwernis tragen, die eine einstweilige Einstellung unter enger umgrenzten Voraus= setzungen mit sich bringt. Sollte dagegen die Säumnis nicht auf diesen Motiven beruhen, so ist dem Rechts= schutzinteresse des Säumigen auch mit einer vorläufi= gen Einstellung gegen Sicherheitsleistung Genüge ge= tan. Folgerichtig bleibt diese Restriktion auf in ge= setzlicher Weise, § 335, ergangene Versäumnisurteile bzw. auf die Fälle verschuldeter Säumnis beschränkt. [122]

Diese Ausführungen gelten sinngemäß auch dann, wenn der Schuldner Einspruch gegen einen Vollstreckungsbe= scheid einlegt, § 700 Abs. 1. Der Schuldner wird dann die Unterlassung eines Widerspruchs gegen den Mahnbe= scheid zu entschuldigen haben. [122]

Eine weitere Besonderheit gilt bei der Anfechtung von Berufungsurteilen mit der Revision. Hier steht dem Re= visionsgericht kein Ermessensspielraum in bezug auf die möglichen Anordnungen zu, vielmehr bleibt es auf die Einstellung schlechthin ohne die in § 707 genannten zusätzlichen Anordnungen verwiesen. Es erfolgt auch keine Aufhebung bereits vollzogener Vollstreckungsmaß=

---

122) dazu Stein-Jonas-Münzberg § 719 Rdnr. 5, 6

nahmen. Auch diese Regelung erfährt ihre Rechtfertigung durch die im Hintergrund stehenden Parteiinteressen: Durch das Obsiegen in der Berufungsinstanz besteht eine starke Vermutung für die materielle Richtigkeit des Urteiles, die zu einer weitgehenden Verdichtung der Stellung bzw. der Interessen des Gläubigers führt. Dies vollzieht § 719 Abs. 2 - allerdings über die Voraussetzungen für eine einstweilige Einstellung - nach.

III. Rechtsmittel - Weithin unklar ist die Beantwortung der Frage, inwieweit sich der Gläubiger gegen einen Einstellungsbeschluß wehren kann. Die gleichen Probleme treten für den Schuldner auf, dessen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zurückgewiesen worden ist. Diese Unklarheiten treten deshalb auf, weil in der Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend trotz der anscheinend eindeutigen Regelung in § 707 Abs. 2 Satz 2, die die Möglichkeit einer Anfechtung sowohl des einstellenden wie des die Einstellung ablehnenden [123] Beschlusses abschneidet, unter bestimmten Voraussetzungen die Anfechtung mit der sofortigen Beschwerde für zulässig erachtet wird.

a) Grundgedanke des Anfechtungsausschlusses in § 707 Abs. 2 Satz 2 ist, daß einmal keine unnötige Verzögerung der Entscheidung in der Hauptsache durch eine Anfechtung der einstweiligen Anordnung bewirkt werden soll, [124] und daß zum anderen keine Präjudi-

123) Stein-Jonas-Grunsky § 567 Rdnr. 14; § 512 Rdnr. 4; Thomas-Putzo § 707 Anm. 7b; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4 A

124) KG JW 30, 2065; OLG Dresden HRR 36 Nr. 1340; LG Berlin NJ 50, 96; Baur Fälle, Fall 11 S. 59

zierung der Hauptsacheentscheidung (über die Wieder= aufnahme des Verfahrens usw.) durch die Rechtsmittel= entscheidung des Beschwerdegerichtes erfolgen soll. [125] Zudem besteht nach der Vorstellung des Gesetzgebers deshalb kein Bedürfnis nach einer Anfechtungsmöglich= keit, weil das über die einstweilige Anordnung ent= scheidende Gericht auf Antrag [126] ohnehin seine Anord= nung jederzeit ändern bzw. aufheben könne, da die An= ordnungen nur den Charakter der Einstweiligkeit tragen würden. [127]

An Hand dieser Gesichtspunkte wird im folgenden zu untersuchen sein, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen trotz des Wortlautes von § 707 Abs. 2 Satz 2 eine Anfechtung für zulässig zu erachten sein wird. Überlegungen in dieser Richtung sind jedoch nur für solche Fallgruppen zulässig, in denen o.a. Norm= zwecke nicht tragfähig sind oder aber höherrangige Interessen die Überprüfung der Anordnung durch ein Rechtsmittelgericht gebieten.

b) Zunächst ist festzustellen, daß dem Gedanken einer Abänderungsbefugnis des die Anordnung erlassenden Ge= richtes zwar in der Theorie Gewicht beizumessen sein mag. In der Praxis wird er jedoch m.E. nicht weit tra= gen. Denn das Gericht wird von einer einmal erlassenen

---

125) Hahn Materialien I 427

126) Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 19, 22; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4 B

127) Hahn a.a.O.; ebenso Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 22 in Fußn. 67

Entscheidung in der Regel nur dann abrücken, wenn sich entweder die tatsächlichen Verhältnisse gewandelt haben [128] oder aber eine ersichtliche Fehlentscheidung vorliegt. Dadurch ist der Rahmen einer Abänderung in diesem Bereich, der ohnehin in einem ganz außerordentlichen Maße von Wertungen geprägt ist, sehr weitgehend eingeschränkt. Wird zudem einer Anfechtbarkeit der vorläufige Charakter der Anordnungen entgegengehalten, so ist dies m.E. nicht schlüssig. Denn dann wäre auch eine Abänderung mit diesem nicht vereinbar, müßte sich nach dieser Auffassung aus ihm doch gerade ergeben, daß einstweilige Anordnungen bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht abgeändert werden können.

Auch der Gesichtspunkt, den die ältere Rechtsprechung aufgeworfen hat, [129] die Entscheidung in der Hauptsache solle nicht verzögert werden, scheint nicht von allzu großer Tragweite zu sein. [130] Zwar berührt er mit der Beschleunigungsmaxime einen fundamentalen Grundsatz des Zivilprozeßrechtes, doch ist dies praktisch wohl eher ein organisatorisches Problem, für dessen Bewältigung keine allgemeinen Grundsätze aufgestellt werden können. Doch ist etwa erwägenswert, ob für das Beschwerdegericht

---

128) Ausreichend wird in diesem Zusammenhang sein, daß in der Zwischenzeit über bereits bekannte Tatsachen Beweis erhoben worden ist, RGZ 42, 370, 372, oder daß dem Antragsgegner, nachdem ihm zunächst wegen der Eilbedürftigkeit der Einstellung kein rechtliches Gehör gewährt worden ist, hinsichtlich des Einstellungsbeschlusses Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden ist, OLG Karlsruhe Justiz 69, 193, 194 f.; 71, 324, wenn sich dadurch an der rechtlichen Beurteilung etwas geändert hat.

129) vgl. oben Fußn. 124

130) a.A. Baur Fälle a.a.O.

Zweitakten gefertigt werden sollten. Dadurch könnten gleichzeitig ablaufende, reibungslose Verfahren sowohl beim iudex a quo wie beim Beschwerdegericht in vollem Umfange gewährleistet werden. Es ist weiter in die Überlegung mit einzubeziehen, daß über die den §§ 707, 719 Abs. 1 zugrunde liegenden Rechtsbehelfe in der Regel aufgrund mündlicher Verhandlung entschieden wird. Dies erfordert eine gründliche Vorbereitung des Ter= mines mit der Folge, daß eine Terminierung nur auf eine geraume Zeit hinaus sinnvoll sein wird. Dann können aber die Schwierigkeiten aus dem Nebeneinander beider Verfahren wenigstens zum Teil dadurch abgebaut werden, daß auch das Beschwerdegericht dem Beschleunigungsge= danken einstweiliger Anordnungen, der in ihrem Siche= rungszweck begründet liegt, mit einer zügigen Durch= führung des Beschwerdeverfahrens Rechnung trägt. Zum anderen erfahren gerade die grundlegenden Prozeßmaximen dann Einschränkungen, wenn vorrangige Interessen dies erfordern. In diesem Zusammenhang ist stets zu beach= ten, daß auch die Prozeßmaximen nicht Selbstzweck sind, sondern gerade der Durchführung des betreffenden Rechts= streites dienen und zur materiellen Wahrheit führen sollen.

Von entscheidendem Gewicht ist somit nur der Gesichts= punkt der Präjudizierung der Entscheidung in der Haupt= sache durch die Entscheidung des Beschwerdegerichts. Denn prüft dieses - wenn auch nur summarisch - die Er= folgsaussichten des Rechtsbehelfs, und legt es dieses Ergebnis seiner Entscheidung für oder wider eine einst= weilige Anordnung zugrunde, so besteht die große Gefahr, daß sich das in der Hauptsache entscheidende Gericht aufgrund dieser in tatsächlicher Hinsicht einer Bindung

an die Beschwerdeentscheidung ausgesetzt sieht, gleichwohl diese nur im summarischen Verfahren ergangen ist.

c) Diese Präjudizierung der Hauptsache tritt jedoch dann nicht ein, wenn mit der Anfechtung etwa die Unzulässigkeit einer einstweiligen Anordnung geltend gemacht wird, sich also auf formelle Elemente beschränkt. Denn dann werden die im Rahmen der Interessenabwägung [131] einander gegenüberzustellenden Positionen im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt. Das Beschwerdegericht darf sich nicht etwa zu der Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs äußern, da dies nicht Gegenstand der Beschwerde ist, und kann somit auch nicht die Entscheidung des Prozeßgerichtes in der Hauptsache beeinflussen. Der Normzweck, eine Präjudizierung der Entscheidung in der Hauptsache auszuschließen, greift für diese Fallgestaltung somit nicht ein. Hielte man trotzdem an der Unanfechtbarkeit solcher Beschlüsse fest, so würde dies doch eine deutliche Verkürzung des Rechtsschutzes des Betroffenen bedeuten, die hinsichtlich unzulässiger Entscheidungen untragbar ist.

In die gleiche Richtung geht auch die Begründung zum Entwurf des § 506 CPO, jetzt § 567, wenn dort ausgeführt wird, in allen Fällen, in denen die Beschwerde kraft Gesetzes zulässig sei, richte sich diese nicht gegen eine sachliche Entscheidung in der Hauptsache. [132] War dies der Grund, in bestimmten Fällen die Entscheidung der Beschwerde zu unterwerfen, so trifft dies auch auf den Fall des § 707 zu, soweit mit der sofor-

---

131) dazu oben S. 40 ff.

132) Hahn Materialien I 375

tigen Beschwerde allein eine Klärung der Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung begehrt wird. Dieses Problem ist kein nur den einstweiligen Anordnungen innewohnendes, vielmehr ist es ganz allgemeiner Natur, das immer dann auftritt, wenn das Gesetz die Unanfechtbarkeit einer Entscheidung anordnet. Immer wird dann aber eine Anfechtung für zulässig erachtet, wenn die Entscheidung jeglicher Grundlage entbehrt oder dem Gesetz inhaltlich fremd ist. [133]

Aus diesen Ausführungen ergibt sich weiter, daß - und dies entspricht der ganz herrschenden Meinung - eine sachliche Entscheidung nicht mit der Beschwerde der Überprüfung durch den iudex ad quem überstellt werden kann. Denn dieser könnte die Interessenabwägung insoweit in eigener Verantwortung vornehmen, als er die Entscheidung auf Ermessensfehler und somit auch die ihr zugrunde gelegten Umstände überprüfen darf, und damit - etwa durch eine Äußerung hinsichtlich der Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes - auch die Entscheidung des Gerichtes beeinflussen, das in der Hauptsache über den eingelegten Rechtsbehelf zu entscheiden hat. Es bestünde somit die Gefahr der Präjudizierung, die der Gesetzgeber hat vermeiden wollen. [134]

---

133) BGHZ 21, 142, 146; 28, 350 = JZ 59, 539; OLG Köln HEZ 2, 61; BayObLG ZZP 64, 312; OLG Frankfurt MDR 55, 47; OLG Nürnberg Bay.JMBl. 55, 204; Stein-Jonas-Grunsky § 567 Rdnr. 7; Baumbach-Lauterbach-Albers 1 C; Nikisch § 127 I 2; Rosenberg-Schwab § 148 III 3c; Blomeyer I § 105 I 2; Thomas-Putzo § 567 Anm. 4; Mührer, Anfechtung "greifbar gesetzwidriger" Beschlüsse, SchlHA 59, 73 ff.; Lent, Anmerkung zum Beschluß des BayObLG vom 8.12.1950 - Beschw.Reg.Nr. IIa 4/50, ZZP 64, 312, 314

134) Aus der folgenden, von Lent a.a.O. allerdings in einem anderen Zusammenhang in die Diskussion eingeführten Überlegung kann für die vorliegende

Das dargestellte Ergebnis scheint auch - abseits juristischer Konstruktionen - sinnvoll zu sein. Eine unzulässige Maßnahme dulden zu müssen, die schon jeglicher gesetzlichen Grundlage entbehrt, ist untragbar. Eine Maßnahme, die zwar zulässig ist, aber, weil unbegründet, fehlerhaft zustande kam, kann wegen ihres einstweiligen Charakters zu dulden zugemutet werden, soweit durch sie endgültige Verhältnisse nicht geschaffen werden. Dies widerspricht zwar in gewisser Weise dem gesetzlichen Vorrang der Gläubigerinteressen, da diese eine falsche Bewertung erfahren haben, und in folgerichtiger Fortführung dieses Übergewichtes eine Anfechtung durch den Gläubiger zugelassen sein müßte. Doch greift aus o.a. Gründen gerade an diesem Punkt die abweichende gesetzliche Wertung des § 707 Abs. 2 Satz 2 ein.

In Kauf genommen wird dabei, daß dem Gläubiger durch die für ihn unanfechtbare einstweilige Anordnung ein unter Umständen beträchtlicher Schaden entstehen kann.

Problematik nichts geschlossen werden: wenn aufgrund der Unzulässigkeit einer Entscheidung diese wirkungslos ist, so bedarf es zwar keiner Anfechtung, diese muß aber zulässig sein, um eine gerichtliche Klärung herbeiführen und die Gefahr ungerechtfertigter Vollstreckung ausräumen zu können (vgl. auch Rosenberg-Schwab § 136 III). Denn die Nichtigkeit einer Entscheidung ist nur dann gegeben, wenn dem Mangel eine gewisse Offenkundigkeit eigen ist, der Fehler somit erkennbar und auch gravierend ist (dazu Jauernig Zivilurteil 150 ff.). Und gerade die Feststellung dieses Erfordernisses kann angesichts der häufigen entsprechenden Anwendung der §§ 707, 719 nur in einem äußerst beschränkten Umfang geleistet werden, da eine Entscheidung über diese entsprechende Anwendung und damit über die Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung immer nur aufgrund einer schwierigen Interessenabwägung ergehen kann, was notwendig dazu führt, daß es der Offenkundigkeit des Fehlers ermangelt.

Dies kann dann auch tatsächlich Formen der Unzumutbarkeit annehmen, wenn z.B. der Rechtsbehelf des Schuldners keine Erfolgsaussicht verspricht, dies aber vom einstellenden Gericht bei seiner Ermessensausübung nicht berücksichtigt worden ist.

Vor diesem Hintergrund läßt auch die ganz herrschende Meinung eine sofortige Beschwerde dann zu, wenn die Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung in Frage steht, wenn also etwa trotz des Vorliegens der Voraussetzungen nach §§ 707, 719 die Anordnung als unzulässig abgelehnt wurde, oder die §§ 707, 719 auf einen Fall angewendet worden sind, den sie nicht erfassen. [135]

Darüber hinaus wird in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend angenommen, daß auch bei Vorliegen gewisser Ermessensfehler die sofortige Beschwerde des Gläubigers zulässig sein soll. [136] Ohne den Grundsatz aufzugeben, daß der iudex ad quem nicht etwa überprüfen darf, ob der iudex a quo sein Ermessen richtig ausgeübt hat, wird die sofortige Beschwerde zugelassen, wenn die gesetzlichen Grenzen des Ermessens verkannt worden sind. Diese Fälle unterscheiden sich von den vorgenannten [137] und betreffen nicht die Zulässigkeit einer

---

135) Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 23; Thomas-Putzo 7c; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4a jeweils mit weiteren Hinweisen auf die insoweit einheitliche Rechtsprechung; aus neuerer Zeit vgl. insbesondere OLG Karlsruhe OLGZ 73, 486, 487; OLG Zweibrücken OLGZ 74, 247, 248; 323, 324; auch Fleischmann-Mein DRiZ 58, 310, 311; Baur Fälle, Fall 11 S. 58 und oben S. 71 ff..

136) vgl. nur Stein-Jonas-Münzberg a.a.O. m.w.N. in Fußn. 71 ff.

137) a.A. anscheinend Stein-Jonas-Münzberg a.a.O., die jene Fragen der Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen unter die Verkennung der Grenzen des Ermessens subsumieren.

einstweiligen Anordnung, vielmehr erfassen sie nur den Bereich der Ermessensausübung und die angekoppelten Fragen der Rechtsfolgen.

Diese herrschende Meinung steht mit den Normzwecken des § 707 Abs. 2 Satz 2 nicht in Einklang. Zum einen wird die Präjudizierung der Entscheidung in der Hauptsache nicht dadurch ausgeschlossen, daß es dem iudex ad quem versagt bleibt, eine Ermessensentscheidung zu treffen. Denn äußert er sich z.B. über die Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes als einem bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Umstand, so besteht eben gerade die Gefahr, daß hierdurch die Entscheidung in der Hauptsache beeinflußt wird. Zum anderen gewinnt in diesem Zusammenhang der Gesichtspunkt der Beschleunigung der Entscheidung in der Hauptsache seine Bedeutung. [138] Kann nämlich das Beschwerdegericht sein Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des iudex a quo setzen, so kann es auch nicht endgültig entscheiden, da eine Ermessensschrumpfung auf Null äußerst selten sein dürfte. Das Beschwerdegericht kann nur die fehlerhafte Entscheidung des iudex a quo aufheben, so daß dieser erneut über den Erlaß einer einstweiligen Anordnung entscheiden muß. [139] Dies kann evt. zu einer Verzögerung der Entscheidung in der Hauptsache führen,

---

138) ebenso Baur Fälle, Fall 11 S. 59

139) Hebt das Beschwerdegericht die angefochtene Entscheidung auf, so wird es das Verfahren entsprechend § 565 Abs. 1 an den iudex a quo zurückzuverweisen haben, wodurch auch dessen Bindung an die rechtliche Beurteilung durch den iudex ad quem über § 565 Abs. 2 bewirkt wird; im Ergebnis ebenso OLG Bremen OLGZ 67, 39 ff.; OLG Oldenburg Nds.RPfl. 75, 22, 23; OLG Celle JurBüro 78, 128, 129; OLG München JurBüro 78, 130, 131 (die beiden letzteren für § 769).

weil der iudex a quo durch die Erwägungen des Beschwer=degerichtes zu einer gänzlich anderen materiell-recht=lichen Beurteilung veranlaßt werden könnte, was dann eine andere Verfahrensführung bedingt. Muß die münd=liche Verhandlung anders vorbereitet werden, wird oft eine andere Terminierung mit der Folge einer Verzöge=rung des Verfahrens unumgänglich sein. Die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde ist in diesem Bereich somit grundsätzlich abzulehnen.

Etwas anderes wird man für den Fall zu erwägen haben, daß die Interessen des Gläubigers an einer sofortigen Beschwerde höher einzustufen sind als der von § 707 Abs. 2 Satz 2 verfolgte Normzweck. Ein solches Vorgehen ist gegenüber Normen grundsätzlich möglich, die ledig=lich der Einhaltung einer bestimmten Ordnung dienen, ohne selbst "materielle" Prozeßrechte zu verbriefen. Dies folgt schon aus der Überlegung, daß das Prozeß=recht im Grunde der Feststellung und Durchsetzung des materiellen Rechtes zu dienen bestimmt ist, es sei denn, der Rechtssatz sei zur Aufrechterhaltung eines geordneten Prozeßbetriebes und der Rechtsklarheit so=wie der Rechtssicherheit unverzichtbar. Daß dieser letztgenannte Gesichtspunkt hier nicht einzugreifen vermag, zeigt schon die vorstehend vertretene Zuläs=sigkeit der sofortigen Beschwerde. Doch ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, daß im Regelfall die In=teressen des Gläubigers in der im Rahmen der Ermes=sensausübung vorgenommenen Interessenabwägung Berück=sichtigung gefunden haben. Für diese Fälle würde ich die Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde verneinen.

Diese wird jedoch dann zu bejahen sein, wenn nicht lediglich die Gewichtung der in die Interessenabwägung eingestellten Umstände gerügt wird, sondern geltend gemacht wird, erhebliche Umstände hätten überhaupt

keine Würdigung erfahren bzw. unerhebliche Umstände seien berücksichtigt worden. Allein dies vermag jedoch die Zulassung der sofortigen Beschwerde contra legem noch nicht zu rechtfertigen, da dadurch eine solche Notwendigkeit deshalb noch nicht dargetan wird, weil zum einen die Maßnahme ohnehin nur von vorübergehender Dauer ist, und der Gläubiger nach der Intention des Gesetzgebers zudem eine Absicherung durch eine vom Schuldner grundsätzlich zu leistende Sicherheit erfahren soll. Betrachtet man hingegen den gesamten Komplex der vorläufigen Vollstreckbarkeit einschließlich den einstweiligen Anordnungen (§§ 708 ff., 707), so fällt auf, daß der Gesetzgeber mit Hilfe eines komplizierten Systems versucht, bis zur endgültigen Entscheidung in der Hauptsache den Eintritt unabänderlicher Zustände zu verhindern (§§ 710, 712 Abs. 1, 707 Abs. 1 Satz 2). Daraus läßt sich der allgemeine Grundsatz ableiten, daß, unbesehen der von den Parteien inzwischen erlangten prozessualen Stellung, solange keine irreparablen Verhältnisse geschaffen werden sollen, als keine unabänderliche Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist. Überträgt man diesen Gedanken auf den Problemkreis der sofortigen Beschwerde gegen eine einstweilige Anordnung, wird man sagen müssen, daß sich der Gläubiger ihrer dann bedienen kann, wenn die "einstweilige" Maßnahme dazu führen würde, daß der Gläubiger einen nicht zu ersetzenden Nachteil erleidet.

d) Dieselben Erwägungen treffen auf die Zulassung der Anfechtung einer eine einstweilige Anordnung ablehnenden Entscheidung durch den Schuldner zu. Ist ihr Erlaß deshalb verweigert worden, weil eine einstweilige Anordnung unstatthaft sei, also von Gesetzes wegen im zugrunde

liegenden Fall überhaupt nicht erlassen werden könne, so muß für den Schuldner eine Überprüfung dieser Entscheidung zulässig sein.[140] Da mit der Ablehnung zugleich konkludent ausgedrückt wird, der eingelegte Rechtsbehelf zeitige kein Sicherungs- und somit auch kein Schutzbedürfnis vor einer weiteren Vollstreckung, wird der Zielkonflikt, der den Gesetzgeber zur ausdrücklichen Regelung einstweiliger Anordnungen in bestimmten Fällen veranlaßt hat, hier in Abrede gestellt. Dem Schuldner muß insoweit die Möglichkeit an die Hand gegeben werden, diese Wertung überprüfen zu lassen. Dies umso mehr, als eine kurzfristige Beschwerdeentscheidung wird ergehen können, da es lediglich um die Beurteilung einer Rechtsfrage geht, und der Sachverhalt von seiner tatsächlichen Seite her keine Bedeutung erlangt. Zudem erfordert auch das Schutzbedürfnis des Schuldners eine rasche Entscheidung, weil er immer noch dem Vollstreckungszugriff des Gläubigers ausgesetzt ist. Behinderungen des Hauptverfahrens können somit nur in einem äußerst beschränkten Umfange eintreten.

Aus den gleichen Gründen wie bei der Anfechtung einer einstweiligen Anordnung durch den Gläubiger wird man die Ablehnung aber auch dann für anfechtbar halten müssen, wenn das Prozeßgericht zwar eine Erfolgsprognose

---

140) ebenso die hM, etwa RGZ 47, 419, 420; 144, 86, 88 f.; RG JW 86, 315; 96, 600; 00, 736; OLG Braunschweig JW 28, 1316; OLG Bremen NJW 69, 1260; OLG Karlsruhe OLGZ 73, 486, 487 = Justiz 321; OLG Zweibrücken OLGZ 74, 323, 324; OLG Celle JurBüro 78, 129 (für § 769); Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 23; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4 A; Zöller-Scherübl IV; Thomas-Putzo 7c

über den vom Schuldner eingelegten Rechtsbehelf ange=stellt hat, bei dieser aber nicht alle erheblichen Um=stände in die Beurteilung mit eingeflossen sind, über=haupt das Prozeßgericht sich nicht innerhalb der Gren=zen seines Ermessens gehalten hat. Dem Schuldner kann nicht zugemutet werden, sachfremde Erwägungen zu dul=den. Allerdings wird für diesen Fall zu fordern sein, daß dem Schuldner durch den Fortgang der Vollstreckung ein nicht zu ersetzender Nachteil zugefügt würde.

Dieses zusätzliche Erfordernis ergibt sich aus fol=genden Überlegungen, die neben die bei der Anfechtungs=möglichkeit des Gläubigers dargestellten Gesichtspunkte treten: Das Prozeßgericht hat bereits eine - wenn auch fehlerhafte - Beurteilung des vorübergehenden Siche=rungsbedürfnisses des Schuldners vorgenommen. Dessen Anspruch auf vorübergehenden Rechtsschutz ist dadurch grundsätzlich Genüge getan. Ein weiterer Rechtsschutz zu seinen Gunsten ist nur dann erforderlich, wenn dies ein weiterer sehr schwerwiegender Umstand erfordert. Dieser Umstand ist im Drohen eines nicht zu ersetzenden Nachteiles zu erblicken. Denn nach der Intention des Gesetzgebers erfährt der Schuldner in der Regel durch die Abwendungsbefugnis des § 711 bzw. eine die Voll=streckung bedingende Sicherheitsleistung des Gläubi=gers eine ausreichende Absicherung. Lediglich nicht ersetzbare Schäden können etwa von einer Sicherheits=leistung nicht erfaßt werden. Grundsätzlich sind die Interessen des Schuldners durch diese Regelungen be=reits gewahrt. Dies zeigt auch der Umstand, daß einst=weilige Anordnungen auch zum Inhalt haben können, die Fortführung der Vollstreckung dürfe nur gegen die Leistung einer höheren Sicherheit erfolgen. Legt der

Schuldner in diesem rechtlichen Rahmen Beschwerde ge= gen die ablehnende Entscheidung ein, so macht er da= durch auch ein zusätzliches Sicherungsbedürfnis gel= tend, das nach dem Gesagten nur im Drohen eines nicht zu ersetzenden Nachteiles liegen kann. Dies wird er vorzutragen und glaubhaft zu machen haben.

e) In den bisherigen Ausführungen wurde - entsprechend den Darlegungen in Rechtsprechung und Literatur [141] - davon ausgegangen, daß es lediglich um die Zulässig= keit einer sofortigen Beschwerde nach § 793 gehen könne.

Doch bedarf diese Auffassung der Überprüfung. So ist vor allem sehr zweifelhaft, ob es sich bei einer einst= weiligen Anordnung um eine im Zwangsvollstreckungsver= fahren ergangene Entscheidung im Sinne des § 793 han= delt. Zu Recht weist Wieczorek [142] darauf hin, daß die einstweilige Anordnung in einem Verfahren erlassen wird, das vom "reinen" Vollstreckungsverfahren geson= dert ist. Denn diese stellt sich als eine zunächst im Rechtsbehelfsverfahren ergangene und von diesem abhän= gige Nebenentscheidung dar. So hat eine einstweilige Anordnung nicht zur Voraussetzung, daß bereits ein Vollstreckungsverfahren eingeleitet worden ist. Er= forderlich ist lediglich die Einlegung eines Rechts=

---

141) RG JW 03, 101; OLG Celle NJW 56, 1643; MDR 63, 57; OLGZ 69, 375, 376; JurBüro 78, 129; OLG Düsseldorf NJW 58, 715, 716; OLG Frankfurt NJW 74, 1339; OLG Zweibrücken OLGZ 74, 247, 249; OLG Schleswig SchlHA 75, 62; OLG Karlsruhe MDR 75, 324; Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 23; Wieczorek F IIb; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4 A; Thomas-Putzo 7c

142) a.a.O.

behelfes gegen die zu vollstreckende Entscheidung.[143] Und auch ihr Bestand hängt zunächst vom Fortgang des Rechtsbehelfsverfahrens ab. Eine Zurückweisung des Rechtsbehelfes bzw. dessen Zurücknahme führt ohne weiteres zu deren Wirkungslosigkeit. Führt die Rechtsbehelfsentscheidung zur Aufhebung des vollstreckbaren Urteiles, wird eine einstweilige Anordnung gegenstandslos,[144] da jene zur endgültigen Einstellung der Zwangsvollstreckung sowie zur Aufhebung bereits durchgeführter Vollstreckungsmaßregeln führt, §§ 775 Ziff. 1, 776 Satz 1.

Dennoch darf die wechselseitige Beeinflussung bzw. Abhängigkeit zwischen einstweiliger Anordnung und Vollstreckungsverfahren nicht verkannt werden. So ist eine einstweilige Anordnung mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses dann unzulässig, wenn ein eingeleitetes Vollstreckungsverfahren bereits wieder beendet ist.[145] Andererseits zeitigt diese unzweifelhaft Wirkungen auf das Vollstreckungsverfahren, das einzustellen ist und einzelne Vollstreckungsmaßregeln evt. aufzuheben sein werden, §§ 775 Ziff. 2, 776 Satz 2 2.Halbsatz.

Diese wechselseitigen Beeinflussungen dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich prozessual

---

143) vgl. etwa Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 4; Thomas-Putzo 4b; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 2b; Schönke-Baur § 12 III 1b

144) zum Ganzen Schönke-Baur § 12 III 4

145) Stein-Jonas-Münzberg a.a.O.; Thomas-Putzo a.a.O.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann a.a.O.; Wieczorek D Ia 3; Schönke-Baur § 12 III 1b

um voneinander getrennte, selbständige Verfahren han=
delt. Dies kommt verfahrensrechtlich darin zum Ausdruck,
daß die einstweilige Anordnung zu ihrer Umsetzung noch
eines Aktes seitens des Vollstreckungsorganes bedarf [146] -
ebenso wie bei einer Rechtsbehelfsentscheidung in der
Hauptsache. Es kommt weiter der formale Gesichtspunkt
hinzu, daß in diesem Zusammenhang nicht eine Entschei=
dung der Überprüfung unterzogen werden soll, der ein
Handeln eines Vollstreckungsorganes zugrunde liegt,
sondern eine Entscheidung des Prozeßgerichtes, deren
Grundlage eine andere prozeßgerichtliche Entscheidung
ist. Es kann somit festgehalten werden, daß einstwei=
lige Anordnungen nach § 707 Abs. 1 nicht eigentlich
Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren sind, § 793
m.E. damit auch nicht direkt angewandt werden kann.

Es bleibt dann die weitere Frage nach einer ent=
sprechenden Anwendung des § 793 zu erörtern. Diese
drängt sich deshalb auf, weil sich die Beziehungen
zwischen einstweiligen Anordnungen und dem Vollstrek=
kungsverfahren in einem Punkte grundlegend von denen
zwischen der Entscheidung in der Hauptsache und der
Vollstreckung unterscheiden. Während die Zwangsvoll=
streckung die Entscheidung in der Hauptsache weder hin=
sichtlich ihrer Rechtskraft- noch auch nur ihrer Voll=
streckbarkeitswirkungen beeinflußt, führt die Beendi=
gung der Vollstreckung zur Unzulässigkeit bzw. Gegen=
standslosigkeit einer einstweiligen Anordnung, wenn sie

---

146) Gleichwohl geht das OLG Düsseldorf a.a.O. von
einer unmittelbaren Einwirkung der einstweiligen
Anordnung auf das Vollstreckungsverfahren aus,
da die Akte der Vollstreckungsorgane mittels Ver=
waltungszwang herbeigeführt werden könnten.

ihrerseits noch nicht durch das Vollstreckungsorgan vollzogen worden ist. Dies führt dazu, daß auch etwa die Anfechtbarkeit eines eine einstweilige Anordnung ablehnenden Beschlusses durch die Dauer des Vollstrek=kungsverfahrens begrenzt wird - bei Erlaß einer einst=weiligen Anordnung stellt sich diese Frage nicht, wenn sie bereits vollzogen worden ist. Diese Abhängigkeiten lassen der einstweiligen Anordnung eine gewisse Zwit=terstellung zukommen. Weder läßt sie sich reibungslos den allgemeinen Grundsätzen unterordnen, noch denen des Vollstreckungsverfahrens. Diese Schwierigkeiten beruhen letztlich darauf, daß es sich bei den einst=weiligen Anordnungen um Entscheidungen handelt, die zwar allgemeine verfahrensrechtliche Situationen zur Voraussetzung haben, deren Ziel aber die Beeinflussung des Vollstreckungsverfahrens hinsichtlich seines Ab=laufes ist.

Unter diesen Umständen hat sich die Entscheidung, ob die einfache oder aber die sofortige Beschwerde Anwen=dung finden soll, an den Partei- wie auch den öffent=lichen Interessen auszurichten. Bei Erlaß einer einst=weiligen Anordnung geht das Interesse des Gläubigers auf eine möglichst rasche Rechtsbehelfsentscheidung, da eine Verzögerung der Vollstreckung ihm einen nicht zu ersetzenden Schaden bringen kann, weil etwa die Haf=tungsmasse des Schuldners zu seiner vollständigen Be=friedigung nicht mehr ausreichen wird, und er unter Um=ständen auf eine geringe Konkursquote verwiesen bleibt. Wurde die einstweilige Anordnung abgelehnt, so liegt eine rasche Entscheidung im Interesse des Schuldners, der den Zugriff des Gläubigers auf sein Vermögen ver=hindern will. Dem steht auch nicht der Schadensersatz- bzw. Bereicherungsanspruch des § 717 Abs. 2 und 3 ent=

gegen. Denn diese umfassen einmal nicht alle Fallgrup=
pen der §§ 707 Abs. 1, 719, und zum anderen können
Schäden entstehen, die auch durch Schadensersatzlei=
stungen nicht mehr behoben werden können.

Diesen Parteiinteressen auf eine beschleunigte Ab=
wicklung des Rechtsmittelverfahrens über die einst=
weilige Anordnung korresondiert ein öffentliches In=
teresse. Nach Durchführung eines Erkenntnisverfahrens,
das mit einem vollstreckbaren Urteil seinen Abschluß
gefunden hat, erfordert ein geordnetes Rechtswesen,
daß der Gläubiger sein Recht ohne vermeidbare Verzö=
gerungen auch tatsächlich in Form seiner Befriedigung
erlangen kann. Die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von
der Entscheidung in der Hauptsache nachfolgenden Ent=
scheidungen steht deshalb unter einem gesetzlich ge=
wollten Beschleunigungsdruck, der sich aus der Natur
der gesetzlichen Regelung des Vollstreckungsverfahrens
ableiten läßt und namentlich in dessen Formalisierung
zum Ausdruck kommt. [147]

Dieses Beschleunigungserfordernis ist auch dem vor=
läufigen Charakter der einstweiligen Anordnungen eigen.
Die Vorläufigkeit zeigt an, daß die einstweiligen An=
ordnungen nur für die Dauer einer gewissen Überbrük=
kungszeit gedacht sind. Denn sie ist nur dann sinnvoll
und sie kann ihrer gesetzgeberischen Zielrichtung nur
dann gerecht werden, wenn möglichst schnell eine Klä=
rung über den Schwebezustand herbeigeführt wird.

Deutet somit alles auf das Erfordernis einer raschen

---

147) zum Ganzen auch OLG Düsseldorf a.a.O.

Rechtsbeständigkeit der einstweiligen Anordnungen hin, so bedarf es zur Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde der entsprechenden Anwendung des § 793, § 577 Abs. 1. Die Rechtsähnlichkeit der geregelten mit den nicht geregelten Fallgruppen ist m.E. ausgeprägt genug, um einen Analogieschluß zu rechtfertigen. Sie ergibt sich aus den o.a. Abhängigkeiten von einstweiliger Anordnung und Vollstreckungsverfahren. [148] Die Anfechtung mit der sofortigen Beschwerde führt jedenfalls schon deshalb zur Verfahrensbeschleunigung, weil sie nur innerhalb einer 2-wöchigen Frist zulässig ist. Dagegen ermangelt es den mit der einfachen Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen letztlich über einen geraumen Zeitraum so lange der Rechtsbeständigkeit, bis sich deren Anfechtung als Rechtsmißbrauch darstellen würde.

Dieses Ergebnis der Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde bedarf jedoch noch der Überprüfung, weil überwiegend dem Gericht die Befugnis zugesprochen wird, eine einmal nach § 707 getroffene Entscheidung auf Antrag wieder abändern zu können. [149] Dem steht jedoch § 577 Abs. 3 entgegen, wonach dem iudex a quo dann keine Abänderungsbefugnis zusteht, wenn seine Entscheidung mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist. [150]

Der Gesetzgeber der Zivilprozeßordnung ging davon aus,

---

148) im Ergebnis ebenso, wenn auch mit teilweise abweichender Begründung, OLG Düsseldorf a.a.O.

149) dazu Hahn Materialien I 427 und Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 22 m.w.N. in Fußn. 64, 65

150) dabei macht es keinen Unterschied, ob bereits Beschwerde eingelegt ist oder nicht, Stein-Jonas-Grunsky § 577 Rdnr. 10

daß das über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung entscheidende Gericht deshalb zur Abänderung seiner Entscheidung befugt sei, weil diese wegen § 707 Abs. 2 Satz 2 keiner Anfechtung unterliege. Da dieser gesetzliche Anfechtungsausschluß auch heute noch fortbesteht, läßt sich die Abänderungsbefugnis des entscheidenden Gerichtes somit allein mit der gesetzlichen Regelung begründen. Daran kann m.E. auch die ausnahmsweise Zulassung einer sofortigen Beschwerde nichts ändern, da diese für die grundsätzliche Rechtslage nichts zu besagen vermag. Im übrigen darf hier nicht außer Betracht bleiben, daß ein unabweisbares Bedürfnis nach einer Abänderung bestehen kann, wenn etwa eine einstweilige Anordnung ohne die Gewährung rechtlichen Gehörs an den Gläubiger angeordnet worden ist, und dessen nachträgliche Anhörung bislang nicht beachtete Gesichtspunkte aufwirft. [151] Zudem weist das Reichsgericht [152] zu Recht darauf hin, daß die Anordnungen auch in den Fällen, in denen eine Beschwerdemöglichkeit nicht gegeben ist, ihre Wirksamkeit behalten würden, "obwohl ihre Grundlage weggefallen und ihr prozessualer Zweck nicht mehr zu erreichen ist", wenn man eine Abänderungsbefugnis verneint. Kann aber mit einer einstweiligen Anordnung die Sicherung der Interessen der beiden Parteien nicht bzw. nicht mehr erreicht werden, so widerspricht es dem grundsätzlichen Vorrang der Gläubigerinteressen, dessen Bestreben auf die Befriedigung seiner verbrieften Forderung geht, mit ihr die Zwangsvollstreckung weiter zu behindern.

---

151) etwa OLG Celle OLGZ 70, 355, 356 = MDR 244 = Nds. RPfl. 43; OLG Karlsruhe ZZP 68, 218, 220; Justiz 69, 194 f.; 71, 324; Schneider MDR 73, 356, 357

152) RGZ 42, 370, 372; auch Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 22 in Fußn. 67

Dies schließt es m.E. jedoch nicht aus, in den aufgezeigten Ausnahmefällen die sofortige Beschwerde zuzulassen, wenn dies - wie im vorliegenden Zusammenhang - vom Erfordernis der Beschleunigung gefordert wird.[153] Jedenfalls wenn die sofortige Beschwerde erhoben worden ist, muß auch § 577 Abs. 3 eingreifen. Dem iudex a quo steht dann keine Abänderungsbefugnis mehr zu.[154] Dagegen wird es bei dessen Abänderungsbefugnis bleiben müssen, solange diese noch nicht eingelegt worden ist, und zwar auch in den Fällen, in denen eine sofortige Beschwerde für zulässig erachtet wird und damit eigentlich § 577 Abs. 3 wieder eingreifen müßte.

f) Zusammenfassend läßt sich folgendes sagen: Die sofortige Beschwerde gegen eine einstweilige Anordnung ist entgegen § 707 Abs. 2 Satz 2 einmal dann zulässig, wenn Streit über die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme besteht. Zum anderen aber auch dann, wenn der iudex a quo bei der Interessenabwägung innerhalb seiner Ermessensausübung erhebliche Umstände nicht oder sachfremde Umstände mit einbezogen hat, und der Gläubiger infolge der einstweiligen Anordnung bzw. der Schuldner infolge ihrer Ablehnung einen nicht zu ersetzenden Nachteil erleiden würden.

Nicht zulässig ist die sofortige Beschwerde, wenn lediglich die Beurteilung oder Gewichtung der einzelnen Umstände angegriffen werden soll. Denn einmal darf der

---

153) vgl. hierzu auch die sachlich gleiche Regelung in §§ 620b, c sowie unten S. 245

154) ebenso Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 22

iudex ad quem nicht die Ermessensausübung des iudex a quo durch seine eigene ersetzen. Zum anderen muß die Gefahr der Präjudizierung der Entscheidung in der Hauptsache vermieden werden. Und diese Gefahr besteht auch in den Fällen der Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde nicht, da aufgrund derer der iudex ad quem nur feststellen kann, daß sachfremde Umstände berücksichtigt oder erhebliche Umstände außer acht gelassen wurden, nicht aber, wie diese Umstände im einzelnen zu bewerten sind. Dies soll folgendes Beispiel verdeutlichen: Führt die einstweilige Anordnung zu einem nicht zu ersetzenden Nachteil für den Gläubiger, und macht er geltend, der iudex a quo habe die Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs nicht seiner Ermessensausübung zugrunde gelegt, so ist die sofortige Beschwerde deshalb zulässig, weil, da der iudex ad quem selbst die Erfolgsaussicht nicht beurteilen darf, zumindest theoretisch die Gefahr einer Präjudizierung der Entscheidung in der Hauptsache nicht besteht, und der Gesetzgeber nicht die Schaffung unabänderbarer Verhältnisse im Wege einer einstweiligen Maßnahme zulassen wollte. Die damit verbundene Verzögerung des Rechtsstreites in der Hauptsache muß aus Gründen der sachgerechten Absicherung der Interessen beider Parteien in Kauf genommen werden.

§ 4 Die entsprechende Anwendung des § 707 ZPO kraft Gesetzes

I. Die Einlegung von Rechtsbehelfen bzw. Rechtsmitteln, § 719 ZPO

a) Einspruch gegen Vollstreckungsbescheid und Versäumnisurteil - (1) Der Einspruch ist nach der gesetzlichen Regelung als Rechtsbehelf gegen Vollstreckungsbescheid und Versäumnisurteil, §§ 700 Abs. 1, 338, gegeben.

Gegen ein Versäumnisurteil ist der Einspruch innerhalb einer Frist von 2 Wochen, §§ 338 f., [155] beim Prozeßgericht zulässig. Durch den zulässigen Einspruch wird der Rechtsstreit in die Lage vor Eintritt der Säumnis zurückversetzt, § 342.

Ein Vollstreckungsbescheid wird im Mahnverfahren auf Antrag dann erlassen, § 699 Abs. 1 Satz 1, wenn der Antragsgegner gegen den Mahnbescheid nicht innerhalb einer 2-wöchigen Frist bzw. vor der Verfügung des Vollstreckungsbescheides, §§ 692 Abs. 1 Ziff. 3, 694 Abs. 1, Widerspruch erhoben hat. Gegen den Vollstreckungsbescheid steht dem Antragsgegner der Einspruch zu. Das weitere Verfahren richtet sich nach den Vorschriften für das Versäumnisurteil, § 700 Abs. 1. [156]

---

155) Die 1-wöchige Einspruchsfrist im Amtsgerichtsprozeß nach § 508 Abs. 2 a.F. ist aufgrund der Vereinfachungsnovelle weggefallen.

156) Als Ausnahme von diesem Grundsatz enthält § 700 Abs. 3 Satz 2 2.Halbsatz, Satz 3 Sonderregelungen, die als lex specialis den für das Versäumnisverfahren geltenden Vorschriften vorgehen oder diese modifizieren; dazu siehe dort.

(2) Zu den dogmatischen Grundlagen ist zunächst anzuführen, daß der Einspruch kein Rechtsmittel, sondern lediglich einen Rechtsbehelf darstellt, da er keine Devolutivwirkung zeitigt, die die nächsthöhere Instanz eröffnet, vielmehr lediglich eine Suspensivwirkung, die den Eintritt der formellen Rechtskraft hindert.

Vollstreckungsrechtlich ist zu bemerken, daß Versäumnisurteile von Amts wegen ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind, § 708 Ziff. 2. [157] Der Vollstreckungsbescheid steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteil gleich, § 700 Abs. 1, und stellt einen selbständigen Vollstreckungstitel dar, § 794 Abs. 1 Ziff. 4.

In dem mit ihm verfolgten Ziel ist der Einspruch den Rechtsmitteln ähnlich: er soll eine Überprüfung der Vollstreckungsgrundlage, also der materiellen Berechtigung des Vollstreckungstitels ermöglichen. Auch hindert der Einspruch gleichfalls die Vollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil bzw. einem Vollstreckungsbescheid nicht. Der Schuldner bleibt auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt, § 717 Abs. 2, der aber nicht immer gleichwertig sein wird. [158]

(3) Für das Einspruchsverfahren wurde durch die Neuregelung des § 719 Abs. 1 Satz 2 im Zuge der Vereinfachungsnovelle ein zusätzliches Problem hinsichtlich

---

157) zum inneren Grund dieser Regelung vgl. oben S. 34

158) so vornehmlich bei der Vollstreckung von Unterlassungsgeboten im Wettbewerb aufgrund der besonderen Schwierigkeit der Berechnung des entgangenen Gewinns, da die Einwirkung des untersagten Handelns auf die Ertragsentwicklung oft nicht mehr konkret, sondern nur noch hypothetisch quantifizierbar sein wird.

der Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen geschaf=
fen. Denn es fragt sich, ob mit der sofortigen Be=
schwerde geltend gemacht werden kann, die Voraus=
setzungen für eine einstweilige Einstellung ohne Sicher=
heitsleistung hätten nicht vorgelegen. [159]

Neben die Voraussetzungen des § 707 Abs. 1 Satz 2 stellt § 719 Abs. 1 Satz 2 weitere Erfordernisse für eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung. [160] Diese schränken das Ermessen ein und bilden somit einen Umstand, den das Gericht bei seiner Ermessensbildung hinsichtlich der Frage, welche Maßnahmen angeordnet werden sollen, zwingend zu beach=ten haben wird. Und der Beweggrund des Gesetzgebers für die Anordnung der Unanfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen in § 707 Abs. 2 Satz 2, die Entscheidung in der Hauptsache solle durch das Beschwerdegericht nicht präjudiziert werden, kann in diesem Zusammen=hang keine Geltung beanspruchen, da es hier um die Beurteilung von Umständen geht, die in der Hauptsache keine Berücksichtigung mehr finden können. Im An=schluß an die früheren Ausführungen wird deshalb die sofortige Beschwerde auch insoweit zugelassen werden müssen. [161]

Die abweichende Auffassung des Kammergerichtes [162]

---

159) verneinend KG MDR 79, 679

160) ebenso Hans.OLG Hamburg NJW 79, 1465; Stein-Jonas-Münzberg § 719 Rdnr. 4; a.A. OLG Hamm MDR 78, 412; Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 719 Anm. 1

161) siehe oben S. 76 ff.

162) a.a.O.

vermag nicht zu überzeugen. Sicher geht der Gesetzgeber weiter vom Ausschluß der Anfechtbarkeit aus, und dies gilt aufgrund der umfassenden Verweisung auf § 707 auch für § 719. Zu der Frage, ob dennoch unter bestimmten Voraussetzungen eine Anfechtung zugelassen werden muß, hat sich der Gesetzgeber aber auch in der Begründung zur Vereinfachungsnovelle nicht geäußert. Diese stellt sich damit nach wie vor, und die Vereinfachungsnovelle hat zu ihrer Beantwortung keinerlei Hinweise gegeben. Der Wille des Gesetzgebers kann dann aber auch nicht weiter reichen als vor der Novellierung.

b) Berufung - Die Berufung ist das einschlägige Rechtsmittel gegen Endurteile der ersten Instanz. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten muß die Beschwer des Berufungsklägers 500,-- DM übersteigen, §§ 511, 511a.

Die Berufung eröffnet eine weitere Tatsacheninstanz.[163] Das mit ihr verfolgte prozessuale Ziel ist die Aufhebung bzw. Abänderung des erstinstanzlichen Urteiles. Im übrigen gelten die Ausführungen zum Einspruch sinngemäß.[164]

c) Revision - (1) Die gesetzliche Regelung - Die Revision ist das Rechtsmittel gegen Berufungsurteile der Oberlandesgerichte, § 545 Abs. 1,[165] mit der die

---

163) zur Zulassung und Beschränkung des Tatsachenvortrages der Parteien in der Berufungsinstanz vgl. §§ 525 - 529

164) oben S. 90

165) Eine Ausnahmeregelung enthält § 545 Abs. 2, der für bestimmte Fallgruppen die Unzulässigkeit der Revision anordnet. Wichtigste Fälle sind die Entscheidungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.

Aufhebung bzw. Abänderung des Berufungsurteiles wegen einer Gesetzesverletzung verfolgt wird. [166] Sie eröffnet keine weitere Tatsacheninstanz, sondern lediglich eine Rechtsinstanz, §§ 549 Abs. 1, 550. Entscheidungsgrundlage für das Revisionsgericht ist der im Tatbestand des Berufungsurteiles festgestellte Sachverhalt.

Die Interessenlage gleicht grundsätzlich der bei Einspruch bzw. Berufung. Doch ergibt sich bei der Berufung wie bei der Revision folgende Abweichung zu Lasten des Schuldners: Während beim Einspruch in der Regel ein zügiges Fortschreiten des Prozesses durch einen kurzfristig anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung über Einspruch und Hauptsache sowie der darauf folgenden Entscheidung gewährleistet ist, führt die Einlegung eines Rechtsmittels oft zu einem langen Hinauszögern der endgültigen Entscheidung. Da das Urteil während dieser Zeit für den Gläubiger vollstreckbar bleibt, ist eine erhebliche Gefährdung des Vermögens des Schuldners der gesetzlichen Regelung immanent. Daraus ergibt sich andererseits wieder ein erhöhtes Interesse des Schuldners an einer einstweiligen Anordnung.

Diesem Sicherungsbedürfnis des Schuldners trägt der Gesetzgeber in § 719 Abs. 2 für die Revision dadurch Rechnung, daß er eine einstweilige Einstellung nicht mehr in das Ermessen des Revisionsgerichtes stellt, sondern zwingend eine solche vorschreibt. Voraussetzung einer einstweiligen Einstellung nach § 719 Abs. 2 ist allerdings, daß der Schuldner durch eine weitere Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil erleiden

---

166) zur Sprungrevision vgl. § 566a

würde und nicht ein überwiegendes Interesse des Gläubigers die Vollstreckung geradezu fordert.

(2) Das überwiegende Interesse des Gläubigers - Der Gesetzgeber der Vereinfachungsnovelle hat durch die Neufassung des § 719 Abs. 2 Satz 1 hervorgehoben, daß in der gegebenen verfahrensrechtlichen Lage den Gläubigerinteressen Vorrang vor den Interessen des Schuldners gebührt, wenn nämlich die Einstellung bei einem überwiegenden Interesse [167] des Gläubigers verwehrt wird. Gleichwohl führt dies m.E. nicht zur Zulässigkeit einer allgemeinen Interessenabwägung wie bei § 707, innerhalb der alle Gesichtspunkte der Interessen beider Parteien wertend gegenüberzustellen sind. [168] Dies ergibt sich aus folgendem: Die gesetzliche Regelung kann nur vor ihrem verfahrensrechtlichen Hintergrund gesehen werden. Der Gläubiger hat infolge seines Obsiegens in der Berufungsinstanz eine vorherrschende prozessuale Stellung erlangt. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß diese vom Schuldner nur dann durchbrochen werden kann, wenn die Vollstreckung ihm einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringen würde. Wenn zugleich die Einstellung weiter davon abhängig gemacht wird, daß ein überwiegendes Interesse des Gläubigers

---

167) zum Begriff siehe oben S. 38 f.

168) a.A. Stein-Jonas-Münzberg § 719 Rdnr. 16 unter Berufung auf BTDrucksache 7/2729 S. 109. Doch steht dies dort nicht in dieser Uneingeschränktheit. Die dortige Verweisung auf S. 45 der Begründung zur Vereinfachungsnovelle verdeutlicht, daß nur der Grund für die aus einem überwiegenden Gläubigerinteresse sich ergebende Rechtsfolge angegeben wird, nicht aber, wie dieses zu ermitteln ist. Für eine allgemeine Interessenabwägung auch Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 719 Anm. 2 B; § 712 Anm. 4 und Thomas-Putzo § 719 Anm. 4a cc; § 712 Anm. 2b, ohne jedoch die besondere Problematik anzusprechen.

nicht entgegensteht, kann damit keine allgemeine Interessenabwägung gemeint sein, da bei einer solchen, wie sie bei § 707 durchzuführen ist, die revisionsrechtlichen Besonderheiten nicht zur Geltung kommen würden. Vielmehr ist davon auszugehen, daß die vorherrschende prozessuale Stellung im Verein mit einem weiteren Umstand, der ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers zeitigt, ohne weitere Abwägung zur Ablehnung einer einstweiligen Einstellung führt. Ein solcher Umstand ist jedenfalls darin zu sehen, daß die Einstellung dem Gläubiger einen nicht mehr zu ersetzenden Nachteil bringen würde. Worauf sich solche schutzwürdigen Interessen des Gläubigers in der Revisionsinstanz noch gründen können, soll im folgenden untersucht werden.

Dieses Verständnis der gesetzlichen Regelung bedeutet m.E. die folgerichtige Fortführung des systematischen Aufbaues des Gesetzes, das im jetzigen fortgeschrittenen Verfahrensstadium nicht mehr Bedacht auf eine umfassende Sicherung beider Parteien legt, was auch in der ausschließlichen Zulässigkeit einer schlichten einstweiligen Einstellung zum Ausdruck kommt, sondern nur noch einschneidenden Ereignissen zur Geltung verhilft.

aa) Die Erfolgsaussicht der Revision - Zweifelhaft ist in diesem Zusammenhang, welche weiteren Umstände das Revisionsgericht zwar nicht mehr im Rahmen einer - hier fehlenden - Ermessensausübung, so doch bei der Beurteilung eines überwiegenden Interesses des Gläubigers als Voraussetzung für eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung zu berücksichtigen gehalten ist. Dies kommt vornehmlich in bezug auf die

Frage in Betracht, ob das Revisionsgericht vor seiner Entscheidung über eine einstweilige Einstellung die Erfolgsaussichten der Revision zu überprüfen hat.

Für die Statthaftigkeit und Zulässigkeit der Revision wird dies allgemein bejaht. [169] Denn wird die Revision als unzulässig verworfen, so hat dies zur Folge, daß das angefochtene Urteil rechtskräftig und damit unbedingt vollstreckbar wird. Diesen prozessualen Wirkungen läuft eine einstweilige Einstellung zuwider, wenn die Unzulässigkeit bereits im summarischen Verfahren offenbar wird. [170] Dieses Ergebnis entspricht allgemeinen Grundsätzen der Prozeßwirtschaftlichkeit, wie insbesondere auch ein Blick auf § 713 zeigt.

Für den Rechtszustand vor der Vereinfachungsnovelle war jedoch heftig umstritten, ob das Revisionsgericht im Verfahren über die einstweilige Einstellung eine weitergehende Prüfung der Erfolgsaussichten in der Sache vorzunehmen hat. [171] Auch hier brachte die Vereinfachungsnovelle Veränderungen. Zwar ist die Ent-

---

169) BGHZ 8, 47, 49; Wieczorek § 719 B IIIa; Thomas-Putzo 4a bb; Zöller-Scherübl II 3a; Stein-Jonas-Münzberg Rdnr. 18; Schönke-Baur § 13 III 2b

170) zum Ganzen BGH a.a.O.; Stein-Jonas-Münzberg a.a.O.

171) bejahend: BAG NJW 71, 910 = AP Nr. 3 zu § 719 ZPO m.zust.Anm. Grunsky; NJW 72, 1775 m.w.N.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann (34) § 719 Anm. 2; verneinend: Stein-Jonas-Münzberg (19) II 4; Thomas-Putzo (8) 2a; Zöller-Scherübl (11) 2; Schönke-Baur (9) § 13 III 2b a.E.. Eine Ausnahme von der zwingenden Einstellung wurde nur dann gemacht, wenn der Schuldner durch sie erreicht, daß das angefochtene Urteil zum Nachteil des Gläubigers seine materiellen Wirkungen gänzlich einbüßt, BGH MDR 65, 656; BAG NJW 72, 1775.

scheidung nach § 719 Abs. 2 n.F. noch immer zwingend, doch wird die einstweilige Einstellung nunmehr eben von einem fehlenden überwiegenden Interesse des Gläubigers abhängig gemacht. Dabei soll nach der Begründung zur Vereinfachungsnovelle [172] dieser Begriff dem überwiegenden Interesse des Gläubigers in § 712 Abs. 2 n.F. entsprechen. [173]

Gleichwohl können die jeweils anzustellenden Überlegungen nicht deckungsgleich sein, da sie verschiedene Prozeßstadien betreffen, in denen die Interessenkonstellationen notwendig differieren. So ist über den Antrag nach § 712 mit Erlaß des erstinstanzlichen Urteils zu entscheiden. Diese Maßnahme verfolgt den Zweck, die Zeit zu überbrücken, in der das Urteil nur vorläufig vollstreckbar und noch nicht rechtskräftig ist. Ob dem Schuldner Schutz nach § 712 zu gewähren ist oder ob dem die überwiegenden Interessen des Gläubigers entgegenstehen, ist vom iudex a quo zu entscheiden. Dies bedingt, daß lediglich die durch eine Vollstreckung bzw. Nichtvollstreckung hervorgerufenen Auswirkungen zur Grundlage der Entscheidung zu machen sind. Anders ist aber die Situation bei der Revision. Hier ist bereits - von der Sprungrevision abgesehen - die Anfechtung eines Berufungsurteiles erfolgt. Würde man nun der Vereinfachungsnovelle folgen, nach deren Begründung sich die Begriffe in den §§ 712 Abs. 2, 719 Abs. 2 decken, dann wäre auch im Rahmen des § 719 Abs. 2 keine

---

172) BTDrucksache VI/79 S. 72; BTDrucksache 7/2729 zu Nr. 85 S. 109, S. 45

173) so auch Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 719 Anm.; Thomas-Putzo 4a cc; einschränkend Stein-Jonas-Münzberg Rdnr. 16, 17, die auf den Gesichtspunkt der Erfolgsaussicht der Revision Bezug nehmen.

Prüfung der Erfolgsaussicht der Revision erforderlich. Es kann dahinstehen, wie vor dem Inkrafttreten der Vereinfachungsnovelle zu entscheiden gewesen wäre. Zu fragen ist vielmehr, ob durch die Neufassung jedenfalls auch eine materielle Änderung in der Weise erfolgt ist, daß nunmehr auf die Erfolgsaussicht der Revision Bedacht zu nehmen ist. Der Wortlaut des § 719 Abs. 2 scheint eine solche Interpretation nicht zuzulassen. Doch ist eine reine Wortlautinterpretation - und dies gilt allgemein - zu vordergründig.

Bei der Beurteilung dieser Frage wird man auf den Wertungen des Gesetzgebers aufzubauen haben, die diesen in bezug auf die Zulassung der Revision bestimmt haben. Bei der Zulassungsrevision nach § 546 steht die rechtliche Bedeutung des Rechtsstreites im Vordergrund, die sich aus einer nicht einheitlichen Beurteilung oder aus dem grundsätzlichen Gewicht der zu entscheidenden Rechtsfrage ergibt. Es ist offensichtlich, daß in der Regel in den Fällen der Zulassungsrevision gerade wegen der gegensätzlichen Auffassung über eine bestimmte Rechtsfrage die Erfolgsaussicht einer Revision im summarischen Verfahren nicht beurteilt werden kann. Etwas anderes mag nur für Ausnahmefälle gelten.

Der Zulässigkeit der Revision, wenn die Beschwer des Anfechtenden mindestens 40.000,-- DM ausmacht, § 546, liegt der Gedanke zugrunde, daß das Berufungsurteil dann einer Überprüfung zugänglich sein muß, wenn hohe materielle Interessen in Streit stehen. Folgt das Rechtsmittelinteresse aber lediglich aus dem materiellen Wert der Beschwer, so muß an sich auch eine Beurteilung der Erfolgsaussicht wie bei der Berufung mög-

lich sein. Dies wird geradezu noch untermauert durch die Überlegung, daß das Interesse des Gläubigers von Natur aus immer dann überwiegen muß, wenn das Rechtsmittel des Schuldners trotz Zulässigkeit keine Aussicht auf Erfolg haben kann. Dem steht auch nicht die Intention des Gesetzgebers in § 708 Ziff. 10 entgegen, die Privilegierung oberlandesgerichtlicher Urteile zu erreichen, um der rechtsmißbräuchlichen Einlegung von Revisionen zum Zwecke des Zeitgewinnes entgegenzuwirken. [174] Denn wird die Erfolgsaussicht bei der Entscheidung über den Antrag auf einstweilige Einstellung geprüft und bejaht, dann steht doch gerade fest, daß der Schuldner - nach summarischer Beurteilung - berechtigt Revision eingelegt hat, und die Intention des Gesetzgebers in § 708 Ziff. 10 somit nicht unterlaufen wird. [175]

Es wird somit nach der Neufassung des § 719 Abs. 2 auch dort im Rahmen der Prüfung, ob ein überwiegendes

---

174) Stein-Jonas-Münzberg (19) § 708 II 7

175) Zwar war nach dem vormaligen Rechtszustand vor der Vereinfachungsnovelle die Einstellung zwingend ohne Prüfung der Erfolgsaussicht der Revision auszusprechen, wenn nur ein nicht zu ersetzender Nachteil vom Schuldner glaubhaft gemacht werden konnte, § 719 Abs. 2 a.F., ganz hM, siehe oben Fußn. 171. Doch lief gerade diese "bedenkenlose" Einstellung der Zwangsvollstreckung der Absicht des § 708 Ziff. 7 a.F. zuwider, da dieser unter diesen Umständen lediglich eine oberflächliche Abschreckungswirkung zeitigte, die unter der Voraussetzung des § 719 Abs. 2 a.F. jederzeit wieder beseitigt werden konnte, ohne daß zu berücksichtigen gewesen wäre, ob mit der Revision nur die Verzögerung der Vollstrekkung beabsichtigt wurde und diese in der Sache überhaupt keinen Erfolg haben konnte.

Interesse des Gläubigers eine einstweilige Einstellung hindert, die Erfolgsaussicht der Revision mit heranzuziehen sein. [176] Dies auch in den Fällen der Zulassungsrevision, wenn auch in der Regel eine solche Überprüfung im summarischen Verfahren zu keinem Ergebnis wird führen können. [177] Jedenfalls können dadurch gewisse Ausnahmefälle erfaßt werden. Ansonsten wird bei der Zulassungsrevision davon ausgegangen werden können, daß das Interesse des Gläubigers an einer Fortführung der Vollstreckung das Interesse des Schuldners an deren Einstellung nicht schon aufgrund einer angestellten Erfolgsprognose überwiegt. Die Anfechtung des Berufungsurteiles stellt sich infolge ihrer Zulassung durch das Berufungsgericht als berechtigt dar. In diesen Fällen können eingelegte Revisionen nicht als mutwillig und nur auf die Verzögerung des Verfahrens bedacht eingestuft werden, weil das Berufungsgericht selbst durch deren Zulassung zu erkennen gegeben hat, es halte die Überprüfung des Berufungsurteiles durch das Revisionsgericht für berechtigt und gegebenenfalls im Interesse der Rechtssicherheit für wünschenswert.

Dieses Ergebnis entspricht dem Sinn und Zweck der Regelung auch in ihrem Zusammenhang mit den anderen Normen. Es ist der gesetzgeberische Grund für § 719 Abs. 2, eine Entlastung der Revisionsgerichte herbei-

176) ebenso Stein-Jonas-Münzberg § 719 Rdnr. 18, allerdings ganz generell "soweit dies nach dem jetzigen Stand des Verfahrens tunlich ist"; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 2; Thomas-Putzo 4; Schönke-Baur § 13 III 2b; a.A. Zöller-Scherübl § 719 II 3a, allerdings unter Berufung auf Stein-Jonas-Münzberg (19) II 4, dort aber nur für die Rechtslage vor der Vereinfachungsnovelle.

177) siehe oben S. 98

zuführen.[178] Nur dann jedoch wird das Revisionsgericht belastet, wenn die Beurteilung der Erfolgsaussichten im summarischen Verfahren mit Schwierigkeiten verbunden ist. Ist dies nicht der Fall, so hat es eine Prüfung vorzunehmen[179] und seiner Entscheidung über die einstweilige Einstellung zugrunde zu legen. Gelangt das Revisionsgericht nach summarischer Überprüfung der Erfolgsaussicht der Revision zu der Auffassung, daß sie wahrscheinlich nicht durchdringen werde, so wird man gleichzeitig davon auszugehen haben, daß ein überwiegendes Interesse des Gläubigers einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung entgegensteht.

Daß diese Auffassung im Ergebnis richtig ist, ergibt sich auch noch aus weiteren Gründen. So spricht der Umstand, daß bereits eine Prüfung der Rechtslage in der Berufungsinstanz erfolgt ist, für einen stärkeren Schutz des Gläubigers, die Interessen des Schuldners scheinen zurückstehen zu müssen.[180] Des weiteren widerspräche es der Prozeßökonomie, die auf eine rasche Rechtsdurchsetzung gerichtet ist, trotz einer ohne Schwierigkeiten festzustellenden Erfolglosigkeit der Revision die Zwangsvollstreckung einstweilen einzustellen und damit die Durchsetzung des Anspruchs zu gefährden.

---

178) RTDrucksache 1910 Nr. 431 S. 34 f.; dazu auch BAG NJW 71, 910, 911

179) so BAG NJW 71, 910 = AP Nr. 3 zu § 719 m.zust.Anm. Grunsky; a.A. Zöller-Scherübl a.a.O., die davon ausgehen, daß das Revisionsgericht die sachliche Erfolgsaussicht der Revision stets nicht zu prüfen hat.

180) Grunsky a.a.O. weist zu Recht darauf hin, daß die eingelegten Revisionen nur zu einem geringen Teil erfolgreich sind, ganz überwiegend jedoch nicht zum Erfolg führen.

bb) Für den Rechtszustand vor der Vereinfachungsnovelle ist die Frage erörtert worden, ob der Antrag des Schuldners auf einstweilige Einstellung der Vollstrekkung nur dann zum Erfolg führen kann, wenn der Schuldner drohende Nachteile bereits durch einen Antrag nach § 713 Abs. 2 a.F. abzuwenden versucht hat. [181] Gleichwohl die Abwendungsbefugnis des Schuldners nach der Vereinfachungsnovelle von Amts wegen im Urteil auszusprechen ist, §§ 711, 708 Ziff. 10, wird nunmehr gefordert, daß der Schuldner, sollte im Urteil die Festsetzung der Abwendungssumme unterblieben sein, die Ergänzung des Urteiles nach §§ 716, 321 Abs. 2 betreiben muß. Hat er dies unterlassen, so wird davon ausgegangen, daß deshalb kein unersetzlicher Nachteil vorliegen kann, weil dieser Nachteil nicht unabwendbar war. [182]

In einer neueren Entscheidung entwickelt der Bundesgerichtshof [183] diese Rechtsprechung dahin weiter, daß eine Einstellung nach § 719 Abs. 2 auch dann nicht in Betracht komme, wenn der Schuldner einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 n.F. nicht gestellt hat. Denn über diesen könne in jedem Falle nur nach Gewährung rechtlichen Gehörs entschieden werden, während die Ein-

---

181) RGZ 83, 299; BGHZ 16, 376; 17, 123; 18, 398; NJW 63, 445; 66,1029; Schönke-Baur (9) § 13 III 2b; Hesse, Die Rechtsprechung des BGH zur einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung in der Revisionsinstanz, NJW 67, 1943; a.A. RGZ 167, 76, 79; BGHZ 21, 377; NJW 60, 821

182) BGH WM 77, 1174 = BB 1524 (L) = Betr. 1892 (L) = JurBüro 1701 = MDR 78, 127 = KTS 36; Stein-Jonas-Münzberg § 719 Rdnr. 13

183) BGH MDR 79, 138 = NJW 1208

stellung nach § 719 Abs. 2 unter Umständen auch ohne eine Anhörung des Gläubigers ausgesprochen werden könne.

Dieser Rechtsprechung ist m.E. nicht zu folgen. Schon methodisch ist das Vorgehen des Bundesgerichtshofes für den Rechtszustand nach der Vereinfachungsnovelle verfehlt. Denn allein vom Unterlassen eines Antrages auf Vollstreckungsschutz kann nicht auf die Ersetzlichkeit eines Nachteiles geschlossen werden. Ein unersetzlicher Nachteil wird nicht ersetzlicher, nur weil er durch einen solchen Antrag abwendbar gewesen wäre. Die hier angesprochene Problematik ist nicht dem Tatbestandsmerkmal "nicht zu ersetzender Nachteil" zuzuordnen, sondern der Frage, ob einer einstweiligen Einstellung ein überwiegendes Interesse des Gläubigers entgegensteht. [184] Und dabei gilt es zu beachten, daß der Schuldner mit seinen Anträgen nach §§ 716, 321 Abs. 2 n.F. bzw. § 713 Abs. 2 a.F. nicht dasselbe Ziel wie über § 719 Abs. 2 erreicht hätte, nämlich eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung, sondern lediglich eine Abwendungsbefugnis durch Leistung einer Sicherheit. Deshalb kann auch nicht allein schon die unterlassene Stellung des Antrages auf Ergänzung zur Annahme eines überwiegenden Interesses des Gläubigers führen.

Auch die Folgerungen des Bundesgerichtshofes aus einem Vergleich der §§ 712 und 719 Abs. 2 vermögen nicht zu überzeugen. Denn zunächst haben beide diesel-

184) insoweit nicht ganz eindeutig Stein-Jonas-Münzberg a.a.O.; ähnlich dagegen BGH MDR 79, 138 = NJW 1208

selben Voraussetzungen.[185] Und allein aus dem Umstand, daß Beschlüsse nach § 719 Abs. 2 ohne mündliche Verhandlung ergehen können, kann nicht die Schutzunwürdigkeit des Schuldners gefolgert werden. Auch hier beansprucht der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs Geltung,[186] von dem aus Gründen der Eilbedürftigkeit nur ausnahmsweise abgewichen werden kann, weil ansonsten der erforderliche Schutz des Schuldners nicht mehr erreicht werden könnte. Die Belange des Gläubigers sind dadurch ausreichend gewahrt, daß er auf seine Gegenvorstellung hin jederzeit eine Abänderung des einstellenden Beschlusses erreichen kann.

185) § 712 wird bereits durch §§ 711, 708 Ziff. 10 modifiziert.

186) vgl. Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 5 m.w.N.

II. Einstweilige Anordnungen im Verfahren des einst=
weiligen Rechtsschutzes, §§ 916 ff. ZPO

a) Widerspruch gegen einen im Beschlußverfahren er=
gangenen Arrest oder einstweilige Verfügung, §§ 924
Abs. 3 Satz 2, 936 ZPO - (1) Geschichtliche Entwick=
lung - Die entsprechende Anwendung des § 707 war in
§ 924 zunächst nicht geregelt. Auch lehnte die Recht=
sprechung für den damaligen Rechtszustand eine ent=
sprechende Anwendung ab. Sie begründete dies damit,
daß § 707 über § 719 nur auf vorläufig vollstreckbare
Urteile zutreffe, die mit Einspruch oder Rechtsmitteln
angefochten werden können, nicht aber auf Arreste bzw.
einstweilige Verfügungen, die kraft Gesetzes sofort
vollstreckbar seien. Hier komme nur eine Anfechtung
mit den prozeßrechtlich zulässigen Mitteln in Betracht.
[187] Es widerspreche weiter dem Zweck dieser einstwei=
ligen Maßnahmen, die Ansprüche des Gläubigers bis zur
Entscheidung in der Hauptsache zu sichern, wenn deren
provisorischer Charakter - der sowohl im Verfahren als
auch im Bestand der Entscheidung zum Ausdruck kommt -
durch einstweilige Anordnungen hinsichtlich ihrer
Vollziehung unterlaufen würde. Der Schuldner bleibe
auf einen Ausgleich für die Vollstreckung aus einer
ungerechtfertigten einstweiligen Maßnahme nach § 945
verwiesen. [188]

Da insbesondere die Verweisung des Schuldners auf

---

187) RGZ 42, 361; RG JW 87, 312

188) OLG Karlsruhe JW 22, 1411; OLG Frankfurt JW
25, 1898

einen Schadensersatzanspruch als ungenügend empfunden wurde, wurde in zunehmendem Maße versucht, den Schuldner auch verfahrensrechtlich abzusichern. Dabei bot sich eine entsprechende Anwendung des § 707 an, da mit ihm in besonderem Maße beiden gegenläufigen Parteiinteressen Rechnung getragen werden konnte. So wurde dann auch im Grundsatz eine entsprechende Anwendung bejaht, und nur noch für einzelne Verfahrensgestaltungen ausgeschlossen. Insbesondere wurde die einstweilige Einstellung der Vollstreckung zugelassen bei Urteilen für den Fall der Leistungsverfügungen, die geeignet sind, dem Gläubiger volle Befriedigung zu gewähren. [189] Und bei durch Beschluß angeordneten einstweiligen Maßnahmen sollte eine einstweilige Einstellung möglich sein, wenn die Anordnung infolge mangelhafter Entscheidungsgrundlage offenbar verfehlt und zur Vermeidung schwerwiegender Nachteile eine sofortige, im Widerspruchsverfahren nicht rechtzeitig erreichbare Abhilfe geboten war. [190] Es bestehe, wenn gegen einen Arrest bzw. eine einstweilige Verfügung Widerspruch bzw. Berufung eingelegt wird, die gleiche Rechtslage, wie wenn im ordentlichen Verfahren gegen ein Urteil Einspruch oder Berufung eingelegt wird. [191]

Diese gewandelte Rechtsprechung vollzog der Gesetz-

---

189) KG JW 24, 981

190) OLG Stuttgart JW 25, 78 m.Anm. Schopflocher; OLG Karlsruhe JW 25, 1664, 2354 f.; Fuchs, Einstweilige Einstellung einstweiliger Verfügungen, JW 24, 392 f.; ders., Anmerkung zum Beschluß des KG vom 3.6.1924 - 17 U 5547/24, JW 24, 980 f.; ders., Anmerkung zum Beschluß des OLG Karlsruhe vom 11.5. 1925 - ZI BS 62/25, JW 25, 2354 f.

191) KG JW 28, 1316; OLG Braunschweig JW 28, 1317

geber in der Novelle vom 27.10.1933 durch die Einfügung des § 924 Abs. 3 nach. Dieser wurde durch die Vereinfachungsnovelle dahin modifiziert, daß bei einer einstweiligen Einstellung ohne Sicherheitsleistung die gesteigerten Voraussetzungen des § 707 Abs. 1 Satz 2 keine Anwendung finden. Der Grund für diese eingeschränkte Anwendung des § 707 ist darin zu sehen, daß das summarische Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes in der Mehrzahl durch den Zeitmangel der Parteien gekennzeichnet ist, mit dem die Erbringung einer Sicherheitsleistung nicht vereinbar erscheint.[192] Für den Gläubiger kommt dies bereits in dem Umstand zum Ausdruck, daß die Anordnung eines Arrestes bzw. einer einstweiligen Verfügung selbst bereits ohne einen dahingehenden Ausspruch ihrer Natur nach ohne Sicherheitsleistung auch schon vorläufig vollstreckbar ist. Dem entspricht nach der Vereinfachungsnovelle die Loslösung einer einstweiligen Einstellung ohne Sicherheitsleistung von den gesteigerten Voraussetzungen des § 707 Abs. 1 Satz 2. Für die denkbaren Verfahren, in denen der Zeitmangel keine Bedeutung erlangt, verbleibt dem Gericht die Möglichkeit, im Rahmen seiner Ermessensbetätigung bei § 707 Abs. 1 Satz 1 dies zu berücksichtigen und die einstweilige Einstellung gegen Sicherheitsleistung anzuordnen.

(2) Die gesetzliche Regelung des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes eröffnet dem Gericht grundsätzlich die Möglichkeit, den Arrest bzw. die einstweilige Verfügung aufgrund mündlicher Verhandlung durch Urteil oder ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß zu erlassen, §§ 922 Abs. 1, 937 Abs. 2. Gegen einen Beschluß

---

192) BTDrucksache VI/790 zu Nr. 117 S. 74; BTDrucksache 7/2729 zu Nr. 96 S. 111 f.

findet gemäß § 924 Abs. 1 der Widerspruch statt mit der Folge, daß über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Maßnahme aufgrund mündlicher Verhandlung durch Urteil zu entscheiden ist, § 925 Abs. 1.

Die Einlegung des Widerspruchs hindert zunächst nicht die weitere Vollstreckung aus dem Beschluß, da dessen Vollziehung dadurch nicht gehemmt wird, § 924 Abs. 3 Satz 1.

Durch die Verweisung auf § 707 in § 924 Abs. 3 stellt der Gesetzgeber klar, daß er das Interesse des Antragsgegners an einer einstweiligen Einstellung der Sicherungsvollstreckung aus dem Sicherungstitel trotz des nur provisorischen Charakters des einstweiligen Rechtsschutzes grundsätzlich für schützenswert hält. [193] Die

193) An der Richtigkeit dieser gesetzgeberischen Grundsatzentscheidung lassen sich zumindest Zweifel anmelden. Denn es erscheint fraglich, ob es des Rechtsinstitutes der einstweiligen Einstellung der Vollstreckung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes überhaupt bedarf, wenn man dessen Charakter als Provisorium, das im Grundsatz nur der Sicherung, nicht aber der Befriedigung (Ausnahme: Leistungsverfügung) dient, die Möglichkeit des Zwanges zur Durchführung eines Hauptverfahrens nach § 926 sowie die Schadensersatzpflicht des ungerechtfertigt vollstreckenden Gläubigers nach § 945 bedenkt. Zudem ist hier die Abwendungsbefugnis des Antragsgegners/Schuldners nach § 923 durch Hinterlegung eines im Beschluß festgesetzten Betrages in die Überlegung mit einzubeziehen, durch deren Ausübung die Vollziehung des Beschlusses gehemmt wird. Von diesem Ansatzpunkt her war es nur konsequent, daß die Zulassung einer entsprechenden Anwendung des § 707 in der Rechtsprechung bei der Leistungsverfügung, die systemwidrig dem Gläubiger Befriedigung verschafft, ihren Ausgang nahm, vgl. KG JW 24, 981 und oben S. 106.

Interessenabwägung ist also nach den allgemeinen Grundsätzen durchzuführen. Spezifische Gesichtspunkte des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens sind jedoch insoweit hinzuzuziehen, als durch sie das Sicherungsbedürfnis beider Parteien berührt wird. Die Anordnung einer Maßnahme im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes dient zunächst der Sicherung der glaubhaft gemachten Ansprüche des Gläubigers. Die Interessen des Schuldners finden dadurch Berücksichtigung, daß der Titel den Gläubiger lediglich zur Sicherungsvollstrekkung ermächtigt und dieser der Schadensersatzhaftung nach § 945 ausgesetzt ist. Zudem ist im Arrest/ in der einstweiligen Verfügung nach § 923 eine Geldsumme zu bestimmen, durch deren Hinterlegung der Schuldner die Sicherungsvollstreckung abwenden kann. Dies führt dazu, daß die beiderseitigen Parteiinteressen durch den Arrest/ die einstweilige Verfügung bereits einen weitgehenden Ausgleich durch deren grundsätzliche Absicherung erfahren haben. Ferner kann dem Schuldner die Einstellung der Sicherungsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung regelmäßig wenig nützen, da er dasselbe Ziel in tatsächlicher Hinsicht schon durch die Hinterlegung der Abwendungssumme erreichen kann. Das Bestreben des Schuldners wird es also sein, die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung zu erreichen. Dazu bedarf es aber nach den vorstehenden Ausführungen der Darlegung eines zusätzlichen Sicherungsbedürfnisses, das bei der Ermessensausübung durch das Gericht zu berücksichtigen ist.

Fraglich bleibt aber, welche Umstände auf Seiten des Schuldners ein zusätzliches Sicherungsbedürfnis zeitigen. Dies vor allem deshalb, weil § 924 Abs. 3 Satz 2 2.Halbsatz den Rückgriff auf § 707 Abs. 1 Satz 2

scheinbar verwehrt. Doch besagt diese Verweisung m.E. nur, daß eine Einstellung ohne Sicherheitsleistung nicht allein unter der Voraussetzung zulässig ist, daß der Schuldner zur Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist und ihm die Vollstreckung einen nicht zu ersetzenden Nachteil bringt, sondern auch noch auf weitere Momente gestützt werden kann. Nicht ausgeschlossen wird deshalb, die Erfordernisse des § 707 Abs. 1 Satz 2 im Rahmen der Ermessensausübung bei § 707 Abs. 1 Satz 1 mit zu berücksichtigen. Im Sinne eines gerechten Interessenausgleiches zwischen den Parteien wird dies auch geradezu zu fordern sein.

Welche weiteren Umstände nach der gesetzlichen Regelung eine Einstellung ohne Sicherheitsleistung rechtfertigen können, kann nur im einzelnen Fall aufgrund einer Interessenabwägung festgestellt werden. Allgemeine Aussagen lassen sich hierzu nicht machen.

(3) Diese Erörterungen leiten schon in den Problembereich des Inhaltes der einstweiligen Anordnungen über. Hinsichtlich der zulässigen Anordnungen scheint gemäß §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 Abs. 1 Satz 2 eine Erleichterung einer einstweiligen Einstellung ohne Sicherheitsleistung einzutreten. Denn eine solche Anordnung soll nach dem Wortlaut des Gesetzes künftig auch ohne die Glaubhaftmachung des Schuldners möglich sein, er könne die Sicherheit nicht leisten und würde durch die Vollziehung des Beschlusses einen nicht zu ersetzenden Nachteil erleiden.

Auf Bedenken, die dieser gesetzlichen Regelung begegnen, wurde bereits hingewiesen. Sie gründen sich auch noch auf folgende Überlegungen: Der Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, dem Gläubiger schnell

eine Sicherung seines Rechtes zu ermöglichen, wird oft nicht mehr erreicht werden können, wenn der Schuldner unter erleichterten Bedingungen ohne eine eigene Verpflichtung die Aussetzung der Vollziehung und damit die Blockierung der Sicherung des Gläubigers erreichen kann. Dadurch wird eine Bevorzugung des Schutzinteresses des Schuldners vor dem Sicherungsinteresse des Gläubigers geschaffen, die im Widerstreit mit der Intention des einstweiligen Rechtsschutzes steht.

Auch erfordert das besondere Erkenntnisverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht zwingend eine Erweiterung der im Rahmen einer einstweiligen Einstellung möglichen Maßnahmen. Denn einmal ist dieses dem Gläubiger nicht nur vorteilhaft: er hat neben dem Arrestanspruch auch den Arrestgrund glaubhaft zu machen, §§ 917 f.. Zum anderen stellt § 707 Abs. 1 Satz 2 an den Nachweis der Voraussetzungen für eine einstweilige Einstellung ohne Sicherheitsleistung keine strengeren Anforderungen wie § 920 Abs. 2 für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, sondern beschränkt sich ebenso auf die Glaubhaftmachung.

Dieser Gedankenführung kann auch nicht entgegengehalten werden, der Schuldner habe die Vollstreckung bereits aufgrund eines summarischen Verfahrens zu dulden, ohne daß bislang ein ordentliches Erkenntnisverfahren durchgeführt worden sei. Denn dies erfährt dadurch seinen Ausgleich, daß der Gläubiger die Vollstreckung lediglich zu seiner Sicherung betreiben kann.

Die gesetzliche Regelung erscheint aufgrund dieser Gesichtspunkte nicht sachgerecht. Beide Verfahren, das des einstweiligen Rechtsschutzes wie das der einstwei-

ligen Anordnung, dienen der Sicherung der Interessen beider Parteien. Dieses Ziel wird nach der Regelung durch den Gesetzgeber m.E. dann aber nicht mehr erreicht, wenn der Schuldner die für ihn zwingende Notwendigkeit einer einstweiligen Einstellung ohne Sicherheitsleistung nicht mehr glaubhaft zu machen, somit auch nicht mehr nachzuweisen braucht. Auffangen wird man dies nur dadurch können, daß im Rahmen der Ermessensbildung durch das Gericht, welche Maßnahme es nun anordnen will, an eine einstweilige Einstellung ohne Sicherheitsleistung sehr strenge Anforderungen zu stellen sind, eine solche somit nur als letztes Mittel in Betracht kommt. Dieses Ergebnis entspricht auch der gesetzlichen Rangordnung der einzelnen möglichen Maßnahmen in § 707 Abs. 1. Auszugleichen ist der Nachteil der Regelung in § 924 Abs. 3 Satz 2 jedoch wegen der fehlenden Glaubhaftmachung nicht ganz. Im übrigen kann in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen zur Interessenabwägung [194] verwiesen werden, wo die Notwendigkeit des Ausgleiches dieser Regelung im Bereich der Ermessensbildung und -ausübung dargelegt ist.

(4) Abschließend sei noch das Sonderproblem erörtert, ob die Anwendbarkeit des § 707 aufgrund der Verweisung in § 924 Abs. 3 Satz 2 auf die Fälle beschränkt werden müsse, in denen die einstweilige Verfügung wie der Arrest ausschließlich einem Sicherungszweck dient, bei einer Leistungsverfügung folglich überhaupt nicht Platz greifen könne. [195]

---

194) oben S. 109 f.

195) so Hans.OLG Hamburg MDR 55,48; a.A. Stein-Jonas-Grunsky § 924 VI, der zu Recht ausführt, § 939 könne für die Frage der einstweiligen Einstellung der Vollziehung nichts aussagen, da er nur die

Die für die Beurteilung entscheidende Fragestellung lautet: Rechtfertigt es der Ausnahmecharakter der Leistungsverfügung im System des einstweiligen Rechtsschutzes, die §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 auf deren Vollziehung nicht anzuwenden?

Das Gesetz gibt für die Beantwortung dieser Frage in den §§ 936, 924 Abs. 3 Satz 2 keine Anhaltspunkte, kann es wohl auch nicht, da das Rechtsinstitut der Leistungsverfügung nach Inkrafttreten der Zivilprozeßordnung ausschließlich auf der Grundlage von § 940 entwickelt worden ist, um übergeordneten materiellen Interessen der Antragsteller zur Durchsetzung zu verhelfen.

Es kann weiter vorweg festgestellt werden, daß eine Antwort nicht auf der Grundlage eines Vergleiches mit § 939 gefunden werden kann. Denn dieser gibt für die hier anstehende Problematik nichts her, da er insbesondere auch auf die Leistungsverfügung anzuwenden ist. Doch läßt sich damit noch nicht die Anwendbarkeit der §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 auf die Leistungsverfügung begründen. Damit wird lediglich auf eine mögliche Unterschiedlichkeit der Eingriffsvoraussetzungen hingedeutet, nicht jedoch auf die in deren Vorfeld liegende Frage einer möglichen Anwendung dieser Normen.

Aufhebung der einstweiligen Verfügung selbst betreffe. Interessant ist, daß das Hans.OLG Hamburg a.a.O. gerade in dem Fall, der gewissermaßen der früheren Rechtsprechung (dazu oben S. 106, KG JW 24, 981) als Modellfall für die Notwendigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 707 galt, die Anwendbarkeit des § 707 aufgrund gesetzlicher Verweisung einschränken will.

Eine Aussage über deren Anwendbarkeit läßt sich viel=
mehr nur auf der Grundlage der zugrunde liegenden
schützenswerten Interessen der Beteiligten machen, die
im folgenden für die einzelnen Fallgruppen der Leistungs=
verfügung [196] gesondert untersucht werden sollen.

aa) Die Zahlung einer Geldsumme - Der Gläubiger ist
aufgrund einer Notlage mit Dringlichkeit auf die Zah=
lungen angewiesen, während andererseits die einstweilige
Verfügung zumindest vorübergehend zur Abwendung dieser
Notlage geeignet ist.

Durch die Zulassung dieser Leistungsverfügung wer=
den die Interessen des Gläubigers denen des Schuldners
vorgezogen und die der einstweiligen Verfügung eigen=
tümlichen Grenzen des Sicherungszweckes im Wege der
Rechtsfortbildung abgebaut. [197] Die Priorität der Gläu=
bigerinteressen folgt aus der Notwendigkeit, seine
Existenzgrundlage durch den angeblich Verpflichteten
zu sichern. Demgegenüber muß das Interesse des Schuld=
ners, nicht infolge einer einstweiligen Verfügung un=
gerechtfertigte Leistungen erbringen zu müssen, zu=
rücktreten, da dieser ausreichend durch § 945 ge=
schützt wird. Unerheblich ist, daß dem Schuldner hin=
sichtlich der bereits bewirkten Leistungen bei Erlaß
der einstweiligen Verfügung durch Beschluß kein recht=
liches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, gewährt worden ist.
Denn die Forderung nach der Gewährung rechtlichen Ge=
hörs wird in ausreichender Weise dadurch erfüllt, daß
der Schuldner seinen konkret bezifferbaren Schaden über

---

196) dazu Stein-Jonas-Grunsky vor § 935 IV 2 - 5
197) Stein-Jonas-Grunsky vor § 935 IV 1

§ 945 ausgleichen kann.

Dies ergibt sich aus folgender Überlegung: Gemäß § 937 Abs. 2 können einstweilige Verfügungen, mithin auch Leistungsverfügungen, die die Zahlung etwa von Unterhalt zum Inhalt haben, lediglich dann ohne mündliche Verhandlung erlassen werden, wenn die Angelegenheit dringend ist, also bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung der Zweck der einstweiligen Verfügung gefährdet würde.[198] Diese Dringlichkeit wird bei einer Leistungsverfügung auf Zahlung einer Geldsumme kaum jemals vorliegen, vielmehr wird in Anbetracht der Möglichkeit, die Ladungsfrist abzukürzen, in der Regel eine mündliche Verhandlung durchzuführen sein. Danach kann eine Leistungsverfügung in diesen Fällen ohne mündliche Verhandlung nur bei Vorliegen solch seltener Umstände angeordnet werden, unter denen das Sicherungs- bzw. Befriedigungsbedürfnis des Gläubigers eine sofortige gerichtliche Entscheidung erfordert, andernfalls auch eine Leistungsverfügung nicht mehr zum Erfolg führen könnte.

Ist damit zwar die Möglichkeit der Versagung des rechtlichen Gehörs weitgehend zurückgedrängt, so darf doch nicht außer Betracht bleiben, daß dann, wenn die Leistungsverfügung gleichwohl ohne vorherige mündliche Verhandlung erlassen worden ist, dem Schuldner das rechtliche Gehör hinsichtlich der durch ihn bereits entrichteten Zahlungen endgültig versagt worden ist. Daß das Grundrecht des rechtlichen Gehörs, Art. 103 Abs. 1 GG, nicht beachtet worden ist, ist jedoch aufgrund der doppelten Dringlichkeit der Leistungsver-

198) Stein-Jonas-Grunsky § 937 III

fügung gerechtfertigt. Abgesehen von der Dringlichkeit nach § 937 Abs. 2, weil für den Fall der Durchführung einer mündlichen Verhandlung der Zweck einer einstweiligen Verfügung nicht mehr erreicht werden könnte, erfordert die Leistungsverfügung auf Zahlung einer Geldsumme eine weitere besondere Dringlichkeit für den Gläubiger, [199] der ohne die Geldleistungen des Schuldners einer Notlage ausgesetzt wäre, die den Art. 1, 2 Abs. 2 GG, d.h. der Würde des Betroffenen zuwider laufen würde. Die Gegenüberstellung dieser Grundrechte ergibt m.E., daß der Anspruch des Schuldners auf die Gewährung rechtlichen Gehörs in diesen engen Grenzen hinter den Umstand der Existenzgefährdung des Gläubigers zurücktreten muß. Die Wahrung der Risiken des Schuldners durch den Schadensersatzanspruch nach § 945 muß ausreichen.

Fordert somit der Vorrang des Gläubigerinteresses die Zahlung einer Geldsumme, so ist mit diesem Schutzzweck auch eine einstweilige Einstellung der Vollziehung nicht vereinbar, die den Gläubiger wieder der gerade abzuwendenden Notlage aussetzen würde. Die Anerkennung der Leistungsverfügung steht somit für diese Fallgestaltung dem Zweck des § 707 entgegen, im Vollstrekkungsverfahren auch die Schuldnerinteressen zu berücksichtigen. Dies ist keine Frage der formellen Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen, da sich diese bereits aus den §§ 936, 924 Abs. 3 Satz 2, 707 ergibt, denen ihrem Wortlaute nach keine Einschränkungen hinsichtlich der Leistungsverfügung zu entnehmen sind. Vielmehr ist dieser Problembereich in den Zusammenhang der richterlichen Ermessensausübung gestellt. Die den Leistungsverfügungen auf Zahlung einer Geldsumme immanenten ab-

199) Stein-Jonas-Grunsky vor § 935 IV 2b

strakten Parteiinteressen bewirken, daß das Gericht sein Ermessen nur dahin richtig ausüben kann, daß keine einstweiligen Anordnungen erlassen werden.

bb) Besitzschutzansprüche - Wird dem Gläubiger der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so kann der Störer durch eine einstweilige Verfügung zur Herausgabe verurteilt werden. [200]

Der Grund für die Zulassung einer solchen Leistungsverfügung ist - anders als bei derjenigen auf Zahlung einer Geldsumme - nicht in einer besonderen Dringlichkeit in der Person des jeweiligen Antragstellers zu erblicken, sondern er ergibt sich aus der dem materiellen Recht, etwa § 863 BGB, immanenten Eilbedürftigkeit der Befriedigung von Besitzschutzansprüchen. [201] Die persönlichen Verhältnisse des Antragstellers sind unerheblich, entscheidend ist allein der abstrakte Charakter der Eilbedürftigkeit von Besitzschutzansprüchen.

Daraus folgt auch, daß die Interessenlage der Parteien derjenigen entspricht, die einer vom Sicherungszweck getragenen einstweiligen Verfügung zugrunde liegt. Denn die Zulassung einer Leistungsverfügung beruht hier lediglich auf den gesetzlichen Wertungen des materiellen Rechts. Aufgrund dieser gleichgearteten Interessenlage steht auch der Anwendung der §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 nichts entgegen.

---

200) OLG Stuttgart MDR 64, 604 = BB 623; OLG Saarbrücken NJW 67, 1813; LG Bonn MDR 59, 495; LG München MDR 69, 491; Duffek, Einstweilige Verfügung gegen verbotene Eigenmacht, NJW 66, 1345; Jauernig ZZP 79, 337; Grunsky JurA 70, 733 ff.; Thomas-Putzo § 940 Anm. 4

201) Grunsky JurA 70, 734; Stein-Jonas-Grunsky vor § 935 IV 3

cc) Die Unterlassung einer Handlung - Durch die Erfüllung von Unterlassungsnebenpflichten soll sichergestellt werden, daß ein zudem bestehender Hauptanspruch erfüllbar bleibt. [202]

Auch diese Unterlassungsnebenpflichten zielen zwar auf Erfüllung ab, sie üben jedoch nur eine untergeordnete Funktion aus, da sie eindeutig und ausschließlich im Dienste des Hauptanspruches stehen. Nur diese Nebenpflichten werden im übrigen von § 938 Abs. 2 erfaßt. [203] Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen kommt dieser Hilfsfunktion Bedeutung zu, da dadurch zum Ausdruck kommt, daß das Interesse des Gläubigers eigentlich nicht der Unterlassungspflicht, sondern dem Hauptanspruch gilt. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß bei Nichterfüllung der Nebenpflicht auch eine Sicherung des Hauptanspruches nicht erreicht werden kann. Doch entspricht eben diese Wirkung der gesetzlichen Wertung in § 924 Abs. 3 Satz 2, so daß einstweilige Anordnungen auch hinsichtlich der Unterlassungsnebenpflichten erlassen werden können. Auch hier ist dies nicht eine Frage der formellen Zulässigkeit, sondern die einer abstrakten Interessenbewertung.

Für Unterlassungshauptansprüche [204] werden einstweilige Anordnungen überwiegend abgelehnt. [205] Zur Be-

---

202) RGZ 40, 383 f.; OLG Frankfurt WRP 73, 225; OLG Köln WRP 73, 665; Stein-Jonas-Grunsky vor § 935 IV 4; Jauernig ZZP 79, 329 f.; Baur Studien 50 f., 57

203) Stein-Jonas-Grunsky a.a.O.

204) zu den Fallgruppen vgl. Baur Studien 57; ders., Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der "vorbeugenden Unterlassungsklage", JZ 66, 381 ff.

205) RGZ a.a.O.; OLG Köln a.a.O.; Pastor 295 f.; Baur JZ 65, 541

gründung wird auch hier vorgetragen, § 924 Abs. 3 Satz 2 erfasse nur einstweilige Verfügungen mit Sicherungscharakter, zudem sei die einstweilige Einstellung der Vollziehung eines eine Unterlassung anordnenden Beschlusses mit der Funktion und dem Charakter dieser Unterlassungsverfügung nicht vereinbar.

Diese Begründung bedarf auch für den vorliegenden Fall näherer Untersuchung. Die einstweilige Einstellung hemmt die Vollstreckung des Beschlusses, d.h. der Beschluß selbst bleibt zunächst aufrecht erhalten, kann aber nicht im Wege der Vollziehung durchgesetzt werden. Das hat zur Folge, daß der Antragsgegner ab der einstweiligen Einstellung bis zur Entscheidung durch Endurteil, § 925 Abs. 1, vollstreckungsrechtlich sanktionslos gegen das Unterlassungsgebot verstoßen kann, und der Antragsteller auf evt. bestehende Schadensersatzansprüche verwiesen bleibt. [206]

Auch hier sind die entscheidenden Gesichtspunkte aus einer Abwägung der Interessen des Gläubigers und des Schuldners abzuleiten. Für den Antragsteller geht es um den Schutz vor tiefgreifenden Eingriffen, der Antragsgegner sucht Schutz vor ungerechtfertigter Einschränkung seiner Handlungsfreiheit. Diese gegensätzlichen Interessen bilden ein Spannungspaar: schafft die Einstellung oft irreparable Verhältnisse, so führt die Nichteinstellung in der Regel zu einer Schädigung des Schuldners in wirtschaftlicher Hinsicht. [207] Bei der Auflösung dieses Spannungsverhältnisses ist einmal

---

206) Baur a.a.O.

207) Baur a.a.O.

zu beachten, daß der Beschluß ohne vorhergehende mündliche Verhandlung ergeht, weshalb der Antragsgegner für den bereits verstrichenen Zeitraum ohne eine einstweilige Anordnung endgültig die Möglichkeit der Rechtsverteidigung verloren hat. Zudem ergeht der Beschluß in einem beschleunigten Verfahren, so daß zwischen der einstweiligen Anordnung und dem Verfügungsurteil keine allzu lange Zeit verginge, und die Schäden des Antragstellers damit zumindest zeitlich eng umgrenzt wären. Die Schäden, die der Schuldner durch die Befolgung eines zu Unrecht angeordneten Unterlassungsgebotes erleidet, werden - wenn überhaupt - nur sehr schwer zu realisieren sein, da eine konkrete Bezifferung des Schadens, der nur über einen Vergleich der Ertragsentwicklung mit und ohne Befolgung des Unterlassungsgebotes gewonnen werden kann, aufgrund der nur hypothetischen Bezifferung der Ertragsentwicklung bei Nichtbefolgung des Gebotes kaum zu bewerkstelligen sein wird. Dem steht die gleiche Schwierigkeit der Realisierung des Schadens des Antragstellers gegenüber, der durch einen Verstoß des Antragsgegners gegen ein Unterlassungsgebot hervorgerufen wird. Auch stellt in diesen Fällen die Leistungsverfügung oft die einzige Möglichkeit eines Rechtsschutzes für den Antragsteller dar, da bei Durchführung eines Hauptverfahrens die Hauptsache meist schon erledigt sein wird.

Die Abwägung dieser Gesichtspunkte ergibt m.E. abstrakt einen Vorrang der Interessen des Schuldners gegenüber denen des Antragstellers, so daß entgegen der herrschenden Meinung auch gegenüber Unterlassungshauptansprüchen einstweilige Anordnungen ergehen können. [208],

---

208) Zur Problematik, ob eine einstweilige Einstellung der Vollziehung auch dann möglich ist, wenn die

[209] Dies ist das Ergebnis einer abstrakten Betrachtung der Parteiinteressen, die der gesetzlichen Regelung zugrunde liegen. Die Abwägung der gegenseitigen Interessen kann im konkreten Einzelfall aber durchaus zur Zurückweisung eines Antrages auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung führen.

dd) Ansprüche auf Abgabe einer Willenserklärung oder auf Vornahme einer sonstigen Handlung - Auch in diesem Zusammenhang ist, soweit eine solche Verfügung überhaupt zulässig ist, [210] zwischen Nebenpflichten und Hauptansprüchen zu unterscheiden.

Die Nebenpflichten dienen lediglich der Sicherung und Durchsetzung des Hauptanspruches, und haben demnach nur eine untergeordnete Bedeutung. Auch die Interessenlage ist dieselbe wie bei den Unterlassungsnebenpflichten, [211] so daß einstweilige Anordnungen aufgrund der §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 erlassen werden können.

Für die Hauptansprüche ist ähnlich der Leistungsverfügung auf Zahlung einer Geldsumme die Dringlichkeit der Erfüllung für den Antragsteller [212] in Betracht zu

---

materiell-rechtlichen Wirkungen des Titels für immer aufgehoben werden, vgl. oben S. 57 ff.

209) dazu auch oben S. 116 f.

210) Grunsky JurA 70, 739; Stein-Jonas-Grunsky vor § 935 IV 5; Baur Studien 59; ders., Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, BB 64, 609 f.

211) oben S. 118

212) Stein-Jonas-Grunsky a.a.O.

ziehen. Dem steht gegenüber, daß die Erfüllung der Leistungsverfügung beim Antragsgegner in der Regel keinen großen Schaden hervorrufen wird, der zudem wegen der genauen Beurteilungsmöglichkeit der Auswirkungen der Handlungen des Schuldners konkret bezifferbar sein wird, da diese in der Regel bekannt sind. Es ergibt sich somit ein abstrakter Vorrang der Interessen des Antragstellers vor denen des Antragsgegners und dessen Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG,[213] d.h. eine einstweilige Anordnung kann für diese Fallgruppe nicht ausgesprochen werden. Auch in diesem Zusammenhang ist dies keine Frage der formellen Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen, sondern der richterlichen Ermessensausübung aufgrund der den Leistungsverfügungen auf Abgabe einer Willenserklärung oder auf Vornahme einer sonstigen Handlung immanenten abstrakten Parteiinteressen.[214]

b) Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes durch Urteil, §§ 925, 936 ZPO - (1) Rechtsmittel gegen ein den Beschluß bestätigendes oder erlassendes Urteil - Es stellt sich die Frage, ob auch in diesen Fällen eine einstweilige Anordnung nach

---

213) Dieser Anspruch auf rechtliches Gehör wird hier schon aufgrund der Möglichkeit des Widerspruchs mit einer nachfolgenden mündlichen Verhandlung gewahrt. Anders als bei den Unterlassungshauptansprüchen genügt dies den Anforderungen des Art. 103 Abs. 1 GG, da hier nicht wie bei diesen bis zur Entscheidung durch Endurteil irreparable Verhältnisse geschaffen werden; vgl. auch oben S. 114 ff.

214) vgl. dazu die Ausführungen zur Leistungsverfügung auf Zahlung einer Geldsumme oben S. 116 f.

§§ 719 Abs. 1, 707 [215] möglich ist. [216]

Charakteristisch für den einstweiligen Rechtsschutz ist die Vorläufigkeit der angeordneten Maßnahme, deren Aufgabe es im Grundsatz lediglich ist, den geltend gemachten Anspruch bis zur endgültigen Klärung im Hauptverfahren zu sichern. Ist die einstweilige Maßnahme durch eine Sicherungsvollstreckung in das Vermögen des Antragsgegners vollzogen, stellt sich aber nach der Durchführung eines ordentlichen Verfahrens heraus, daß dem Antragsteller der Anspruch in Wahrheit gar nicht zusteht, so bleibt dem Antragsgegner nur der Weg über den Schadensersatzanspruch nach § 945. Das prozessuale Recht des Antragstellers auf rechtliches Gehör ist hier - im Gegensatz zum Verfahren nach § 924 - auch im summarischen Verfahren von Anfang an gewahrt.

Aus diesen Ausführungen könnte man den Schluß ziehen, bei Maßnahmen mit Sicherungscharakter stehe deren vorläufige Natur einer einstweiligen Anordnung entgegen. Doch kann auch in diesem Zusammenhang nicht an der Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers in § 924 Abs. 3 Satz 2 vorbeigegangen werden. [217] Wenn der Gesetzgeber

---

215) Die Anwendbarkeit des § 719 Abs. 2 kommt ohnehin nicht in Betracht, da eine Revision gegen Urteile, die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangen sind, unzulässig ist, § 545 Abs. 2 Satz 1.

216) Für eine generelle Zulässigkeit spricht sich die wohl hM aus: Stein-Jonas-Grunsky § 925 IV 3; Thomas-Putzo 2 a.E.; Zöller-Scherübl I; für eine Zulässigkeit nur in Ausnahmefällen Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 719 Anm. 1 und ihnen folgend OLG Karlsruhe MDR 75, 324

217) dazu und zu den grundsätzlichen Bedenken gegen diese Regelung vgl. oben S. 108 Fußn. 193

auch für den durch Beschluß ergangenen Arrestbefehl nach Einlegung des Widerspruchs einstweilige Anordnungen zuläßt, so hat er damit zum Ausdruck gebracht, der Normzweck der §§ 707, 719 treffe auch auf ein dem Urteilsverfahren vorgelagertes Verfahrensstadium zu. Dies wirft die Frage auf, ob diese Grundsatzentscheidung dann keine Geltung beanspruchen kann, wenn aufgrund mündlicher Verhandlung durch Urteil entschieden worden ist.

Allein aus der sehr späten Einfügung des § 924 Abs. 3 Satz 2 [218] kann noch nicht geschlossen werden, für einen durch Urteil angeordneten Arrestbefehl/einstweilige Verfügung treffe der Normzweck der §§ 707, 719 Abs. 1 nicht zu. Der Gesetzgeber hat die sich durch die Einführung des Beschlußverfahrens in dieser Hinsicht ergebenden Probleme nicht erkannt, [219] so daß auch nicht davon ausgegangen werden kann, er habe durch die Einfügung des § 924 Abs. 3 Satz 2 seinem Willen auf eine unterschiedliche Behandlung Ausdruck verliehen. Durch diese wurde im Anschluß an die entsprechende Anwendung des § 707 durch die Rechtsprechung lediglich eine Lücke im Gesetz geschlossen.

Eine Beantwortung der aufgeworfenen Frage kann nur auf der Grundlage des systematischen Aufbaues des Verfahrens auf Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes und eines Vergleiches der Normzwecke der §§ 707, 719 bzw. der §§ 916 ff. erfolgen.

---

218) vgl. oben S. 106 f.

219) denn er hat hierzu in seiner Begründung nichts ausgeführt, Hahn Materialien I 474 f.

Dabei muß zunächst festgestellt werden, daß bei Erlaß eines Arrestbefehls/ einer einstweiligen Verfügung durch Beschluß ohne vorherige mündliche Verhandlung der Antragsgegner vom Rechtsstreit erstmals mit der Zustellung der bereits erlassenen Entscheidung erfährt. Ihm wurde kein rechtliches Gehör gewährt. Über den nicht befristeten Widerspruch hat er die Möglichkeit, sich zum Sicherungsanspruch zu äußern. Der Schutz des Vertrauens des Antragstellers auf den Bestand der ergangenen Entscheidung ist demzufolge nicht sehr stark. Sein Interesse an der Vollziehung des Beschlusses hat nach der gesetzlichen Wertung hinter dem Interesse des Schuldners an der Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Aussetzung der Vollziehung zurückzutreten. Aufgrund dieser Interessenlage ist dem Umstand, daß der Gläubiger nur die Sicherung seiner Ansprüche betreiben kann, kein entscheidendes Gewicht mehr beizumessen. So die gesetzliche Regelung, deshalb § 924 Abs. 3 Satz 2. [220]

Diese Wertung führt jedoch nicht schon zum Ausschluß einstweiliger Anordnungen, wenn der Arrest/ die einstweilige Verfügung durch Urteil angeordnet worden ist, sollte ihre Zulassung von den Parteiinteressen gefordert werden. Es ist zu berücksichtigen, daß die dem Gläubiger durch das Urteil eröffnete Vollziehung in der Regel nicht zur Befriedigung, sondern lediglich zur Sicherung seines Anspruches führt. Allerdings kann die Entstehung eines nicht unerheblichen Schadens infolge der Vollziehung nicht ausgeschlossen werden, ohne daß dieses Risiko aber im vorliegenden Zusammenhang Beachtung finden könnte, weil es bereits durch § 945 abgedeckt wird.

---

220) zu den Bedenken gegen diese gesetzliche Regelung siehe oben S. 108 Fußn. 193

Nur scheinbar jedoch trägt das Verfahren des einst=weiligen Rechtsschutzes aufgrund seines Wahrscheinlich=keitsmaßstabes lediglich einseitig dem Sicherungsbe=dürfnis des Gläubigers Rechnung. Diese erleichterten Erfordernisse an den Nachweis des Anspruches erfahren ihren Ausgleich durch mehrere Umstände. So hat der Gläubiger in diesem Verfahren nicht nur seinen Anspruch, sondern auch den Arrest-(Verfügungs-)grund glaubhaft zu machen. Die Vollziehung des Urteiles führt im Grundsatz [221] nur zur Sicherung, nicht zur Befriedigung des Gläubigers, der vom Schuldner über § 926 zudem zur Durchführung eines ordentlichen Verfahrens gezwun=gen werden kann. Auch ist dem Schuldner im Urteil die Befugnis eingeräumt, durch die Hinterlegung des fest=gesetzten Betrages die Hemmung der Vollziehung bzw. die Aufhebung bereits durchgeführter Vollziehungsmaß=nahmen herbeizuführen, § 923. Letztlich wird ihm ein Ausgleich in Form eines Schadensersatzanspruches für die Schäden eingeräumt, die ihm durch den Vollzug einer ungerechtfertigten einstweiligen Maßnahme zuge=fügt werden. Eine Bewertung und Abwägung der Parteiin=teressen ist mithin schon der gesetzlichen Regelung in den §§ 916 ff. eigen. Eines weitergehenden Schutzes der Schuldnerinteressen bedarf es grundsätzlich nicht.

Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß durch die aufgezeigte gesetzliche Regelung nicht sämtliche Risi=ken des Schuldners erfaßt und alle seine Interessen berücksichtigt sein müssen. Man wird hier etwa an den Fall zu denken haben, daß schon eine Sicherungsvoll=streckung für den Schuldner zu einem nicht zu ersetzen=

---

221) zur Leistungsverfügung siehe oben S. 112 ff. und sogleich

den Nachteil führen würde, und er zur Ausübung seiner Abwendungsbefugnis nicht in der Lage ist, sei es, weil er die finanziellen Mittel hierfür nicht aufzubringen vermag, sei es, weil er auch durch die Hinterlegung einen nicht zu ersetzenden Nachteil erleiden würde. Hier nützt dem Schuldner auch die Möglichkeit nichts, den Schuldner zur Durchführung des Hauptverfahrens zu veranlassen, weil dies die eintretenden Nachteile nicht zu verhindern vermag.

Diese Schaffung endgültiger Verhältnisse über einstweilige Maßnahmen sind vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt. In diesen Fällen besteht ein unabweisbares Bedürfnis nach einstweiligen Anordnungen aufgrund der §§ 719 Abs. 1, 707, die den Schuldnerinteressen entsprechend ihrem Zweck, durch eine wertende Berücksichtigung der Interessen beider Parteien möglichst den Eintritt unveränderbarer Zustände während der Schwebezeit zu vermeiden, im Sinne der Zielsetzung des Verfahrens auf Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes zu einer stärkeren Berücksichtigung verhelfen. Dieses Bedürfnis läßt sich auch direkt aus den §§ 719 Abs. 1, 707 herleiten. Ist der Gesetzgeber selbst nach der Durchführung eines ordentlichen Verfahrens bestrebt, bis zum Eintritt der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung die Schaffung endgültiger Verhältnisse zu verhindern, so muß dies erst recht für eine Entscheidung gelten, die schon ihrer Natur nach lediglich eine Übergangsregelung bringt.

Allerdings werden dem Schuldner die Maßnahmen des § 707 Abs. 1 Satz 1 wenig nützen, da er die mit diesen beabsichtigten Wirkungen schon mit Hilfe der Regeln des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens erreichen

kann. Sinnvoll kann für ihn aber eine einstweilige Einstellung der Vollziehung ohne Sicherheitsleistung sein. Er wird dann aber auch - wie ausgeführt - die gesteigerten Voraussetzungen des § 707 Abs. 1 Satz 2 glaubhaft zu machen haben.

Anzumerken bleibt, daß diese Problematik nicht der Frage der formellen Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen zuzuordnen ist, sondern dem Bereich einer abstrakten wie auch konkreten Bewertung der Parteiinteressen. Das entscheidende Gericht wird diese im Rahmen seiner Ermessensbildung und -ausübung für den jeweiligen Einzelfall gesondert bei der Prüfung der Frage durchzuführen haben, ob bzw. welche einstweiligen Anordnungen erlassen werden sollen.

Zusammenfassend läßt sich somit folgendes sagen: Die Anwendung der §§ 707, 719 Abs. 1 führt bei der Frage des Erlasses einstweiliger Anordnungen zur Interessenabwägung, in die zunächst die allgemeinen Gesichtspunkte einzustellen sind. Bei der Vollziehung von Entscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens ist jedoch weiter zu berücksichtigen, daß diese regelmäßig nur zur Sicherung, nicht zur Befriedigung des Gläubigers führt. Es ist also in jedem einzelnen Fall sorgfältig zu prüfen, ob nicht durch die Sicherungsvollstreckung die beiderseitigen Parteiinteressen bereits ausreichend gewahrt werden, und weiter, ob zur Absicherung des Schuldners der Erlaß einer einstweiligen Anordnung überhaupt erforderlich ist. [222]

---

222) OLG Karlsruhe MDR 75, 324; LAG Hamm Betr. 77, 1420 fordern für einstweilige Anordnungen "schwerwiegende Gründe", nach LAG Hamm a.a.O. soll die Schaffung endgültiger Tatsachen nicht ausreichen.

Entsprechend den Ausführungen [223] zu der Frage, ob einstweilige Anordnungen auch bei durch Beschluß ergangenen Leistungsverfügungen, die eine zumindest zeitweilig endgültige Regelung bringen, möglich sind, ist deren Beantwortung auch im vorliegenden Zusammenhang eine sich am Inhalt der jeweiligen Verfügung ausrichtende Betrachtung zugrunde zu legen. Dabei ist hier der Gesichtspunkt des fehlenden rechtlichen Gehörs völlig unerheblich, da durch Urteil nur nach zwingender mündlicher Verhandlung entschieden werden kann, rechtliches Gehör mithin in jedem Fall gewährt wird. Dies erfordert ein Überdenken der Interessenabwägung in den Fällen, für die einstweilige Anordnungen auch wegen eines bislang fehlenden rechtlichen Gehörs des Schuldners bejaht worden sind, also für die Fälle der Unterlassungshauptansprüche. [224]

Danach steht dort einer zeitlich engen Begrenzung des Schadens des Antragstellers im Falle einer einstweiligen Anordnung [225] gegenüber, daß die einstweilige Verfügung die einzige Rechtsschutzmöglichkeit für den Gläubiger darstellen kann. Vor diesem Hintergrund wird man dann aber sagen müssen, daß auch im Falle der Be-

---

223) dazu oben S. 112 ff.

224) oben S. 118 ff.

225) Dabei muß man sich jedoch des Umstandes bewußt sein, daß dieser Zeitraum für den hier vorliegenden Fall der Berufung gegen ein Urteil im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes mit ihrer Devolutivwirkung doch länger bemessen sein wird als bei einem Widerspruch gegen einen Beschluß, über den das erstinstanzliche Gericht zu befinden hat.

rufung gegen eine Unterlassungsverfügung eine einst= weilige Anordnung nicht ergehen kann. Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß bei einer Berufung gegen eine Leistungsverfügung das entscheidende Gericht sein Ermessen nur dahin sachgerecht ausüben kann, daß es den Erlaß einstweiliger Anordnungen ablehnt.

(2) Die Wirkungen eines den Beschluß aufhebenden Ur= teiles - Die hiermit zusammenhängenden Fragen sind für die Problematik einer einstweiligen Einstellung der Vollziehung des Aufhebungsurteiles insofern von Be= deutung, als dann, wenn der Beschluß bereits mit Er= laß des Urteiles keine Wirkungen mehr entfalten kann, dem Gläubiger/ Antragsteller eine einstweilige Ein= stellung nicht mehr nützen kann und somit wegen des mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses nicht mehr zu= lässig ist, weil mit ihr dann nicht mehr erreicht wer= den kann, daß der aufgehobene Beschluß seine ursprüng= lichen Wirkungen wieder entfaltet.

Das aufhebende Urteil ist in bezug auf seine recht= liche Qualität von doppelter Bedeutung. Denn teils ist ihm eine Gestaltungswirkung eigen, soweit der Beschluß aufgehoben wird. Dadurch wird unmittelbar eine Ver= änderung der durch den Beschluß geschaffenen Rechts= lage bewirkt. Teils entfaltet es auch Feststellungs= wirkungen, als dadurch entschieden wird, daß kein pro= zessualer Anspruch - Arrest- (Verfügungs-)grund und -anspruch - auf Erlaß eines Arrestes/ einer einstwei= ligen Verfügung besteht, sei es, daß seine Voraus= setzungen von Anfang an nicht vorgelegen haben, sei es, daß sie später weggefallen sind. Daraus ergibt sich aber andererseits, daß dem Aufhebungsurteil keine Vollstreckbarkeit im engeren Sinne mit Ausnahme des

Kostenausspruches eigen ist, da Gestaltungs- und Feststellungsurteile mangels eines vollstreckbaren Inhaltes nicht vollzogen werden können. [226] Dagegen kommt dem Aufhebungsurteil auch hinsichtlich seiner gestaltenden und feststellenden Wirkungen eine Vollstreckbarkeit im weiteren Sinne zu, gegen die ebenso wie bei der Vollstreckbarkeit i.e.S. mit einer einstweiligen Anordnung vorgegangen werden kann. [227] Somit erlangt die eingangs gestellte Frage Bedeutung, wie sich ein den Beschluß aufhebendes Urteil bis zu seiner Rechtskraft auf diesen auswirkt, d.h. wann ihm seine Wirkungen genommen werden.

Für eine sofortige Entfaltung der Gestaltungs- und Feststellungswirkungen wird angeführt, daß der Forderung nach rechtlichem Gehör für den Antragsgegner nur so ausreichend nachgekommen werde, weil er den anordnenden Beschluß habe gegen sich ergehen lassen müssen, ohne daß ihm rechtliches Gehör gewährt worden ist. [228] Diese Begründung ist m.E. jedoch nicht zwingend, da sie ohne Notwendigkeit aus der ansonsten geltenden Systematik ausbricht, nach der eine Entscheidung erst mit Eintritt ihrer Rechtskraft verbindlich wird, während dem Interesse des Antragsgegners mit den gesetzlichen Regelungen Rechnung getragen werden kann. So folgt bereits aus § 717 Abs. 1 - dem insoweit ein allgemeiner

---

226) Stein-Jonas-Münzberg vor § 704 Rdnr. 48 Fußn. 110

227) RGZ 25, 401; OLG München Rspr. 35, 123; KG JW 23, 82, 84 m.Anm. Stein; OLG Düsseldorf MDR 62, 660; 69, 1017; NJW 70, 54; Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 1; a.A. Pastor 296 f.; zur Vollstreckbarkeit i.w.S. allgemein Stein-Jonas-Münzberg vor § 704 Rdnr. 51; Schönke-Baur § 11 V

228) Stein-Jonas-Grunsky § 925 III 1; Pastor 296; Winkler MDR 62, 88

Rechtsgrundsatz innewohnt -, daß eine angefochtene Entscheidung ihre Vollstreckungswirkungen insoweit verliert, als sie durch die Rechtsmittelentscheidung aufgehoben oder abgeändert wird, [229] daß der Beschluß also mit der Verkündung des Urteils seine Vollziehbarkeit einbüßt. Andererseits kann zwar die Vollstrekkung des Aufhebungsurteiles, das ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, § 708 Ziff. 6, einstweilen eingestellt werden, [230] doch finden die Interessen des Schuldners in der nach § 707 Abs. 1 zwingend vorgeschriebenen Interessenabwägung ihre notwendige Beachtung. Ein Bedürfnis nach einer Vorverlagerung des Zeitpunktes, in dem das Urteil seine Gestaltungs- und Feststellungswirkungen entfaltet, also den Beschluß aufhebt, auf seinen Erlaß ist somit m.E. nicht vorhanden.

(3) Anfechtung eines den Beschluß aufhebenden Urteiles - Legt der Gläubiger Berufung ein gegen ein einen Arrest/ eine einstweilige Verfügung aufhebendes Urteil, so müssen m.E. einstweilige Anordnungen zugunsten des Gläubigers zulässig sein, um ihm nicht schon jetzt endgültig Sicherungen abzuschneiden. [231] Denn aufgehobene Pfändungsakte leben auch dann nicht wieder auf, wenn das Urteil erster Instanz vom Berufungsgericht

---

229) OLG Düsseldorf NJW 70, 54 = OLGZ 181; OLG Hamm RPfleger 73, 440; Stein-Jonas-Münzberg § 725 Rdnr. 7. Zur Frage, welche Entscheidung bei Abänderung des vorinstanzlichen Urteiles den Vollstreckungstitel bildet OLG Hamm a.a.O.; Stein-Jonas-Münzberg a.a.O.

230) oben S. 131 bei Fußn. 227

231) OLG Frankfurt NJW 76, 1409 = OLGZ 374; Zöller-Scherübl § 925 Anm. II 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 719 Anm. 1

aufgehoben wird, die Wirkungen des Beschlusses somit wiederhergestellt werden. [232] Zwar verliert der Beschluß seine Vollstreckungswirkungen schon mit der Verkündung des aufhebenden Urteiles. Da die Aufhebung bereits durchgeführter Vollziehungsmaßnahmen nach § 776 aber noch eines weiteren Aktes des zuständigen Vollstreckungsorganes bedarf, kann durch eine einstweilige Anordnung erreicht werden, daß die schon vollzogenen Vollstreckungsakte nicht oder aber nur gegen die Leistung einer Sicherheit durch den Schuldner aufgehoben werden können bzw. der Gläubiger die Vollstreckung aus dem Urteil durch Sicherheitsleistung abwenden kann. [233] Obgleich eine Entscheidung des einstweiligen Rechtsschutzes ohnehin nur zur Sicherungsvollstreckung berechtigt, ist auch die letztgenannte Alternative zur Abdeckung der Kosten bzw. eines möglichen Schadens, § 945, sinnvoll. Diese Anordnungen entsprechen dem Katalog des § 707. Sie sind auch im vorliegenden Zusammenhang sachgerecht.

Mit einer einstweiligen Anordnung kann jedoch nicht die weitere Vollziehung des Beschlusses erreicht werden, da ihm durch jene die verlorene Vollstreckungswirkung nicht wieder verliehen werden kann.

---

232) OLG Düsseldorf MDR 62, 660; OLG München OLGZ 69, 196, 199; LG Bonn NJW 62, 161; Winkler MDR 62, 88, 90; a.A. Hans.OLG Hamburg MDR 77, 148 m.w.N.

233) OLG Düsseldorf OLGZ 70, 180 = NJW 54 = MDR 1017; OLG Frankfurt OLGZ 76, 374, 376 = NJW 1409 (L); Stein-Jonas-Münzberg § 717 Rdnr. 6

III. Einstweilige Anordnungen im schiedsgerichtlichen Verfahren, §§ 1025 ff. ZPO

a) Widerspruch gegen den einen Schiedsspruch für vollstreckbar erklärenden Beschluß, § 1042c Abs. 2 ZPO -
(1) Die Parteien haben, anstatt ihren Rechtsstreit vor den ordentlichen staatlichen Gerichten auszutragen, den Weg über ein schiedsrichterliches Verfahren gewählt.

Das schiedsrichterliche Verfahren ist von der freiwilligen Entscheidung der Parteien geprägt, sich dem Spruch eines privaten "Gerichtes" zu beugen.[234] Da dieses jedoch nicht den gesetzlichen Richter des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darstellt, erlangt der Schiedsspruch zwar unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteiles, § 1040, doch ergeben sich Einschränkungen aus der dem Schiedsgerichtsverfahren eigenen Verwebung des Tätigwerdens privater und staatlicher Organe.

Der Schiedsspruch regelt materiell-rechtlich verbindlich die Rechtsbeziehungen der Parteien. Besonders schwerwiegende Mängel des Verfahrens können jedoch mit der Klage auf Aufhebung des Schiedsspruches geltend gemacht werden. Da auch die Durchführung der Zwangsvollstreckung den staatlichen Vollstreckungsorganen übertragen ist, ist der Schiedsspruch durch einen Beschluß oder ein Urteil der ordentlichen Gerichte für vollstreckbar zu erklären, §§ 1042 ff.. Diese Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches ist ihrerseits für vorläufig vollstreckbar zu erklären,

---

234) Schwab 21 ff.; Stein-Jonas-Schlosser § 1025 III; Zöller-Scherübl II 1a; Thomas-Putzo 2a, jeweils zu den Voraussetzungen eines wirksamen Schiedsgerichtsvertrages.

ein Beschluß nach § 1042c Abs. 1, ein Urteil - auch ein solches, das auf einen Widerspruch gegen einen den Schiedsspruch für vollstreckbar erklärenden Beschluß ergangen ist - nach den allgemeinen Vorschriften. [235]

Gegen ein die Vollstreckbarkeit erklärendes Urteil ist die Berufung zulässig. Man kommt somit über eine direkte Anwendung der §§ 719, 707 zur Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen. Gegen eine Entscheidung durch Beschluß steht dem Schuldner der Rechtsbehelf des Widerspruchs offen, § 1042c Abs. 2 Satz 1, dem selbst jedoch noch keine vollzugshemmende Wirkung zukommt. [236] Einstweilige Anordnungen sind aufgrund der §§ 1042c Abs. 2 Satz 3, 707 zulässig.

(2) Die dogmatische Struktur kompliziert sich durch das Nebeneinander von Schiedsspruch und Vollstreckbarerklärung.

In den bisherigen Ausführungen war ausnahmslos eine Darstellung der Rechtslage für den Fall geboten, daß der Schuldner gegen einen Vollstreckungstitel, meist ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil angeht. Bestehen gegenüber der Entscheidung materiellrechtliche Bedenken, [237] und erscheint deshalb die Aufhebung des Vollstreckungstitels im Rechtsbehelfs(mittel)verfahren möglich, so besteht ein Bedürfnis nach einer vorläufigen Suspendierung der Vollstreckungswirkungen des Titels.

---

235) Stein-Jonas-Schlosser § 1042b III 2; § 1042c II 2; § 1042d IV 1; Schwab 207 f.

236) Stein-Jonas-Schlosser § 1042c II 4

237) Werden Verfahrensfehler geltend gemacht, führt dies nur dann zur Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs,

Für den vorliegenden Fall scheint sich aus § 794 Abs. 1 Ziff. 4a etwas anderes zu ergeben, wenn dort davon ausgegangen wird, der Zwangsvollstreckung liege als Vollstreckungstitel der für vorläufig vollstreckbar erklärte Schiedsspruch zugrunde. [238] Dagegen wird der Schiedsspruch selbst überhaupt nicht angefochten, sondern lediglich die Entscheidung über dessen Vollstreckbarkeit.

Demgegenüber erblickt die herrschende Lehre [239] den Vollstreckungstitel nicht eigentlich im Schiedsspruch, sondern in der Entscheidung über dessen Vollstreckbarkeit. [240] Danach enthält der Schiedsspruch lediglich die Feststellung eines Anspruches, die durch die Vollstreckbarerklärung in einen Leistungsausspruch übergeleitet wird. [241] Dieser Auffassung ist der Vorzug zu

---

wenn sie zumindest Zweifel an der materiell-rechtlichen Richtigkeit der Entscheidung aufwerfen. Läßt sich allerdings die Erfolgsaussicht nicht abschließend beurteilen, werden im Rahmen einer konkreten Interessenabwägung Verfahrensfehler auch noch weitergehend zu berücksichtigen sein.

238) so Thomas-Putzo § 1042 Anm. 1

239) Schwab 205; Stein-Jonas-Schlosser § 1042 IV 1; Baumbach-Lauterbach-Albers 1; Rosenberg-Schwab § 179 I ; deshalb sei der Schiedsspruch in die Formel der Vollstreckbarkeitserklärung aufzunehmen, Schwab a.a.O.; Stein-Jonas-Schlosser a.a.O..

240) vgl. dazu die Parallele zur Vollstreckbarerklärung ausländischer Urteile, bei der auch nicht dieses, sondern das deutsche Vollstreckungsurteil den Vollstreckungstitel bildet, Stein-Jonas-Münzberg § 722 Rdnr. 23; Rosenberg § 173 I 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 722 Anm. 1 B.

241) Baumbach-Lauterbach-Albers a.a.O.

geben, wie insbesondere ein Rückschluß aus § 1043 Abs. 3 zeigt. Muß nämlich, wenn der Schiedsspruch nach seiner Vollstreckbarerklärung aufgehoben wird, im Aufhebungsurteil ausdrücklich auch die Aufhebung der Entscheidung erfolgen, durch die der Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt wurde, so ergibt sich daraus, daß nur die Vollstreckbarerklärung den Vollstreckungstitel darstellen kann. Anderenfalls hätte die Aufhebung des Schiedsspruches schon auch die Aufhebung der Vollstreckbarerklärung zur Folge, da dann eine Vollstreckbarerklärung ohne ihre Grundlage, den Schiedsspruch, folglich ohne jeden Bezug und damit gegenstandslos wäre. Einer gesonderten Aufhebung bedürfte es jedenfalls nicht. Es liegt hier somit dieselbe rechtliche Situation vor wie in den zuvor erörterten Fällen: es wird ein Verfahren auf Überprüfung des Vollstreckungstitels durchgeführt. Dabei ergibt sich aus dem Nebeneinander von Schiedsspruch und Vollstreckbarerklärung dadurch eine Besonderheit, daß bei der Ablehnung und damit notwendig auch bei der Aufhebung einer Vollstreckbarerklärung auch die Aufhebung des Schiedsspruches auszusprechen ist, § 1042 Abs. 2.

Im Ergebnis läßt sich daher auch nichts anderes vertreten, wenn man der Auffassung folgt, Vollstreckungstitel sei der für vollstreckbar erklärte Schiedsspruch. Denn dann bildet die Vollstreckbarerklärung zumindest einen notwendigen Teil des Vollstreckungstitels, [242]

242) Dies klingt auch bei Stein-Jonas-Schlosser a.a.O. an, der ausführt, für diesen Fall bedürfe es für die Zwangsvollstreckung immer der Ausfertigung zweier Urkunden, nämlich einmal des Schiedsspruches, und zum anderen der Vollstreckbarerklärung.

so daß sich der Widerspruch gegen die Vollstreckbarerklärung als Teilanfechtung eines einheitlichen Titels begreifen läßt, die bei Aufhebung der Vollstreckbarerklärung auch die Aufhebung des Schiedsspruches zwingend zur Folge hätte, § 1042 Abs. 2.

Durch den Widerspruch wird die Vollstreckung aus dem Beschluß nicht gehemmt. Der Schuldner erhält eine Abdeckung seines Risikos durch einen Schadensersatzanspruch nach den §§ 1042c Abs. 2 Satz 3, 717 Abs. 2.

b) Widerspruch gegen den einen Schiedsvergleich mit Unterwerfungsklausel für vollstreckbar erklärenden Beschluß, § 1044a ZPO - (1) Hat sich der Schuldner in einem Schiedsvergleich, d.h. in einem vor dem Schiedsgericht geschlossenen Vergleich, [243] schuldrechtlich verpflichtet, so bedarf es auch hier zur Vollstreckung einer gesonderten Vollstreckbarerklärung. Der innere Grund für dieses Verfahren ist auch hier in dem Bestreben des Gesetzgebers zu sehen, eine Vollstreckung aus einer vor einem nichtstaatlichen Gericht geschlossenen Vereinbarung durch staatliche Vollzugsorgane nur dann zuzulassen, wenn zuvor die ordentlichen Gerichte die Vereinbarung auf schwerste materiell-rechtliche Mängel, § 1044a Abs. 2, überprüft haben. [244]

Das einzuhaltende Verfahren entspricht demjenigen, das für die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruches vorgesehen ist, §§ 1044 Abs. 3, 1042a-d, allerdings mit der Besonderheit, daß bei Ablehnung oder Aufhebung der Vollstreckbarerklärung der Schieds-

243) Schwab 161

244) zu den Unwirksamkeitsgründen Schwab 219 f.; Baur Schiedsgericht Rdnr. 87; Stein-Jonas-Schlosser § 1044 a II; Baumbach-Lauterbach-Albers 3 B b

vergleich nicht aufgehoben werden kann. [245] Aber auch ein Feststellungsausspruch über die Rechtsunwirksamkeit ist nicht zulässig. Dies ergibt sich für prozessuale Mängel daraus, daß diese nichts über die materiellrechtliche Wirksamkeit eines Schiedsvergleiches als einem außergerichtlichen Vergleich nach § 779 BGB [246] aussagen. Wird die Rechtsunwirksamkeit des Schiedsvergleiches aus materiell-rechtlichen Gründen geltend gemacht, so ist dies - entsprechend dem Verfahren für einen Prozeßvergleich, der vor staatlichen Gerichten geschlossen worden ist - grundsätzlich im vormaligen schiedsgerichtlichen Verfahren zu verfolgen. [247]

Ein gänzlich anderer Fragenkreis wird dadurch betroffen, daß der Schuldner im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung mit Einwendungen zugelassen ist, die die Rechtswirksamkeit des Vergleiches betreffen, §§ 1044a Abs. 3 2.Halbsatz, 1042 Abs. 2. Die darauf ergehende Entscheidung lautet ausschließlich auf Ablehnung der Vollstreckbarerklärung, sollte das Gericht dem Vortrag des Schuldners folgen. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß damit auch die Rechtsunwirksamkeit des Schiedsvergleiches durch das ordentliche Gericht rechtskräftig festgestellt worden ist, wenn die Ablehnung in Rechtskraft erwächst. Andererseits zeitigt die

---

245) Schwab a.a.O., da § 1042 auf privatrechtliche Parteivereinbarungen über materielle Rechte, auch wenn sie prozessuale Wirkungen zeitigen, nicht anwendbar ist.

246) Baur Schiedsgericht Rdnr. 102

247) Baur Schiedsgericht Rdnr. 78 ff.; Stein-Jonas-Schlosser § 1044a IV 2b, dort auch zu den Ausnahmen.

Vollstreckbarerklärung auch Rechtskraft dahin, daß die Rechtswirksamkeit des Schiedsvergleiches fest= gestellt ist. [248]

(2) Die dogmatische Struktur gleicht bei § 1044a der bei § 1042c dargestellten. Auch hier ist Vollstreckungs= titel nicht eigentlich der Schiedsvergleich, sondern die dessen Vollstreckbarkeit erklärende Entscheidung. [249] Der Schuldner begehrt durch den Widerspruch die Auf= hebung des die Vollstreckbarkeit anordnenden Beschlus= ses, sei es, daß materiell-rechtliche Gründe gegen die Rechtswirksamkeit des Vergleiches vorgebracht werden, sei es, daß geltend gemacht wird, ein Schiedsvergleich, der für vollstreckbar erklärt werden könnte, sei infolge formeller Mängel nicht zustande gekommen. [250] Durch den Widerspruch wird auch die Vollstreckbarkeit des vorläufig vollstreckbaren Beschlusses, der die Voll= streckbarkeit des Schiedsvergleiches anordnet, nicht gehemmt. Diese Rechtslage entspricht derjenigen bei der Einlegung von Rechtsbehelfen gegen vorläufig vollstreck= bare Urteile, ebenso der entstehende Interessenkonflikt, so daß die Zulassung von einstweiligen Anordnungen nach den §§ 1044a Abs. 3, 1042c Abs. 2, 707 sachgerecht ist.

---

248) Und zwar auch hinsichtlich schon entstandener, dem Rechtsinhaber aber noch nicht bekannter Einwendun= gen(zweifelhaft); zum Ganzen Stein-Jonas-Schlosser § 1044a I pr.; IV 1; Baumbach-Lauterbach-Albers 3 A a.E.; anders aber für später entstandene Ein= wendungen, hinsichtlich derer die Vollstreckungs= gegenklage zulässig ist, Baumbach-Lauterbach-Albers § 1044a Anm. 3 A a.E.; § 1042 Anm. 3 D

249) Stein-Jonas-Schlosser § 1044a IV 1

250) Daß dadurch nichts über das Fortbestehen als einem wirksamen außergerichtlichen Vergleich ausgesagt wird, darauf wurde schon oben S. 139 bei Fußn. 246 hingewiesen.

2. Kapitel Einstweilige Anordnungen nach § 572 Abs. 2 und 3 ZPO

§ 5 Einstweilige Anordnungen nach Anfechtung eines Beschlusses mit der Beschwerde, § 572 Abs. 2 und 3 ZPO

I. Angesprochen sind in diesem Bereich Beschlüsse mit einem vollstreckbaren Inhalt, denen die Rechtsnatur eines Vollstreckungstitels zukommt. Dies bestimmt § 794 Abs. 1 Ziff. 3 als Generalklausel für alle mit der Beschwerde angreifbaren Entscheidungen, mag diese in Einzelfällen auch ausgeschlossen sein. [251] Daneben regelt § 794 Abs. 1 - etwa in Ziff. 2, 2a, 2b und 3a - spezialgesetzlich gewisse Sonderfälle. [252]

Wird gegen einen solchen Beschluß zulässig Beschwerde eingelegt, § 567, so hat dies grundsätzlich keine Hemmung der Vollziehung zur Folge, § 572 Abs. 1. Ausnahmsweise nur tritt eine hemmende Wirkung in den dort aufgeführten Fällen ein. [253] Doch ist dem iudex a quo in

---

251) Thomas-Putzo § 794 Anm. IV

252) Diese Sonderfälle werden hinsichtlich der Ziff. 2 und 3a (Kostenfestsetzungsbeschlüsse und besondere Fälle einstweiliger Anordnungen) wegen der dort gesonderten Regelung einstweiliger Anordnungen unten §§ 10, 11 erörtert.

253) Es sind dies die Entscheidungen der §§ 380, 390, 409, 613, 656, 678, 141 Abs. 3 und 273 Abs. 4. Hierbei handelt es sich durchweg um Entscheidungen, denen Strafcharakter zukommt, die also sehr weitreichend in die persönliche Sphäre des Betroffenen eingreifen. Die Begründung für die aufschiebende Wirkung der Beschwerde in diesen Fällen geht davon aus, daß die sofortige Vollziehung dieser Beschlüsse

§ 572 Abs. 2 die Möglichkeit zur Aussetzung der Voll=ziehung eingeräumt. Gleiches gilt für den iudex ad quem, der jedoch in der Wahl seiner Anordnungen freier ge=stellt ist, § 572 Abs. 3.

Aus diesen Ausführungen läßt sich bereits die dogma=tische Struktur des Gesetzes ersehen. Der Betroffene begehrt die Aufhebung einer vollstreckbaren Entschei=dung, deren Vollziehbarkeit durch die Beschwerde nicht berührt wird. Die Vollziehbarkeit wird ihr mit einer einstweiligen Anordnung vorläufig bis zur Entscheidung in der Beschwerdeinstanz genommen. Diese Konstruktion entspricht derjenigen bei den §§ 707, 719. [254]

Auch hier steht die Entscheidung über die Aussetzung im freien, pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtes. Dieses hat bei der Ermessensausübung somit insbesondere die Erfolgsaussicht der Beschwerde zu beachten [255] sowie die Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen.

II. Wie bereits angesprochen worden ist, sind die vom Gesetz zugelassenen Anordnungen unterschiedlich, je nachdem, ob das Gericht erster Instanz oder aber das Beschwerdegericht eine einstweilige Anordnung trifft.

---

dann einen irreparablen Schaden zeitigen kann, wenn das Beschwerdegericht diese als unbegründet auf=hebt, Hahn Materialien I 376. Dieser Beweggrund, verbunden mit dem Umstand der weitreichenden Wir=kung der Entscheidung, war auch ausschlaggebend für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung in Entmündigungsverfahren, §§ 656, 678 (Materialien Novelle 1898 S. 195). Zu weiteren gleichartigen Regelungen vgl. Stein-Jonas-Grunsky § 572 Rdnr. 2.

254) vgl. dazu oben S. 23 ff.

255) oben S. 40 ff.

Der iudex a quo bleibt gemäß § 572 Abs. 2 auf die schlichte Aussetzung der Vollstreckung aus dem Beschluß beschränkt.[256] Demgegenüber ist der iudex ad quem in der Wahl seiner Anordnungen vollkommen frei, und insoweit nur den Regeln über eine pflichtgemäße Ermessensausübung unterworfen. D.h. das Erfordernis einer einstweiligen Anordnung zur Sicherung der beiderseitigen Parteiinteressen hat sich an den spezifischen Interessen der Beteiligten sowie am notwendig vorläufigen Charakter der Anordnung auszurichten. Dies hat zur Folge, daß dem Beschwerdegericht auch in diesem Rahmen grundsätzlich der in § 707 aufgestellte Katalog von Maßnahmen eröffnet ist, da dieser auf die unterschiedlichen Interessengestaltungen abgestellt ist, die sich in solchen Fällen ergeben können, ohne allerdings mit anderen Maßnahmen ausgeschlossen zu sein, die der jeweiligen Situation besser entsprechen.

Ist Beschwerde eingelegt worden, so steht dem iudex a quo auch die Befugnis zu, seine eigene Entscheidung abzuändern oder aufzuheben, § 571, und bis zur Entscheidung hierüber die Vollziehung auszusetzen, § 572 Abs. 2.

III. Daraus ergibt sich die besondere Fragestellung, ob dem iudex a quo auch dann ein Aussetzungsrecht zusteht, wenn zwar keine Beschwerde eingelegt, sondern

---

256) ebenso die ganz allgemeine Meinung, etwa Stein-Jonas-Grunsky § 572 Rdnr. 4; Zöller-Schneider II 1, 3; Thomas-Putzo 2a; Schönke-Kuchinke § 79 III; Rosenberg-Schwab § 149 IV 2

lediglich ein Abänderungsantrag gestellt worden ist.[257] Es ergibt sich insoweit die gleiche Lage wie bei § 571 nach Einlegung der Beschwerde. Allerdings besteht in dogmatischer Hinsicht der Unterschied, daß eben kein ordentliches Rechtsmittel eingelegt worden ist, das das Verfahren - vorausgesetzt der iudex a quo ändert seine Entscheidung nicht ab - in die nächste Instanz trägt (Devolutiveffekt). Doch stellt die Devolutivwirkung auch nicht den Grund für die Befugnis des iudex a quo nach § 572 Abs. 2 dar, da dieser der Beschwerde doch gerade abhelfen kann, das Rechtsmittel als solches das Verfahren dann aber auch nicht in die nächste Instanz überleiten kann.

Für die weitere Beurteilung der Frage nach einer entsprechenden Anwendung des § 572 Abs. 2 muß man sich vor Augen halten, wann es praktisch zu einer Aussetzung durch den iudex a quo nach einer Beschwerde kommt. Dieser hat bei seiner Entscheidung über die Aussetzung der Vollziehung innerhalb der durch die Grenzen pflichtgemäßer Ermessensausübung gebotenen Interessenabwägung auf die Erfolgsaussicht des Rechtsmittels Rücksicht zu nehmen. Ist er nach summarischer Prüfung der Auffassung, die Beschwerde könnte begründet sein, so muß er die Vollziehung aussetzen und die Beschwerde in einem ordentlichen Beschlußverfahren nach Anhörung der Beteiligten auf ihre Begründetheit überprüfen. Geht er

257) die ganz hM bejaht die Zulässigkeit der Abänderung auch auf diesem verfahrenstechnischen Wege mit dem Hinweis auf die §§ 571, 577 Abs. 3 und der fehlenden Anwendbarkeit des § 318, Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 329 II 1b; Thomas-Putzo 4; Zöller-Geimer V; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 3; Blomeyer I § 29 II; a.A. Rosenberg-Schwab § 60 II 2, die meinen, soweit der Beschluß mit der einfachen Beschwerde anfechtbar sei, käme eine Abänderung nur im Beschwerdeverfahren in Betracht.

von der Begründetheit der Beschwerde aus, so wird notwendig - insoweit ohne Ermessensspielraum des iudex a quo - eine Abänderung nach § 571 geboten sein. Will er aber der Beschwerde nach summarischer Prüfung der Erfolgsaussicht ohnehin nicht abhelfen, weil er diese negativ einschätzt, [258] dann besteht für ihn auch keine Veranlassung, die Vollziehung auszusetzen. Daraus folgt, daß eine einstweilige Einstellung durch den iudex a quo überhaupt nur dann in Betracht kommen kann, wenn dieser selbst noch eine Abänderung seiner Entscheidung erwägt. Damit ist diese Situation derjenigen nahezu gleichgelagert, die sich auf die Stellung eines Abänderungsantrages hin ergibt, so daß die entsprechende Anwendung des § 572 Abs. 2 gerechtfertigt erscheint. [259]

---

258) Dabei kommt es letztlich auf die Rechtsauffassung des erkennenden Gerichtes an und nicht auf diejenige, die das Beschwerdegericht in Parallelfällen geäußert hat. Weicht diese aber von jener ab, so wird sie das erkennende Gericht bei der Entscheidung über eine einstweilige Anordnung mit zu berücksichtigen haben, ohne allerdings insoweit gebunden zu sein, wie es überhaupt eine Bindung der Instanzgerichte an Entscheidungen der Obergerichte über den konkret entschiedenen Fall hinaus nicht gibt. Vermag das erkennende Gericht der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichtes mit Bestimmtheit nicht zu folgen, so wird es auch nicht zu einer Abänderung gelangen. Hat sich das erkennende Gericht dagegen noch keine abschließende Meinung über die Rechtsauffassung des Beschwerdegerichtes gebildet, wird es eine einstweilige Anordnung bis zu seiner Entscheidung über eine Abänderung und der evt. Vorlage an das Beschwerdegericht nicht ohne eine weitergehende konkrete Interessenabwägung ausschließen können.

259) Allerdings wird dem Bedürfnis nach einer Aussetzung für diesen Fall kaum praktische Bedeutung zukommen, da regelmäßig eine Entscheidung in der Sache selbst wird ergehen können, wenn der iudex a quo die Begründetheit des Abänderungsantrages überprüft hat; die Zulässigkeit einer Aussetzung wird dann nur noch für Ausnahmefälle bedeutsam sein.

IV. Die Anfechtbarkeit von nach § 572 Abs. 2 und 3 ergangenen einstweiligen Anordnungen wird in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend verneint, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen. [260] So wird ausgeführt, § 567 schließe eine Anfechtung aus, da Ermessensentscheidungen überhaupt nicht justiziabel seien. Und § 793 könne nicht eingreifen, weil es sich bei einer einstweiligen Anordnung nicht um eine Entscheidung in dessen Sinne handele, woraus dann weiter der Schluß gezogen wird, eine Anfechtung könne auch nicht unter den Voraussetzungen zugelassen werden, unter denen sie bei den §§ 707, 719 für zulässig erachtet wird. Anders begründet Kuhnt [261] die Unanfechtbarkeit mit einer entsprechenden Anwendung von § 707 Abs. 2 Satz 2.

Bei kritischer Überprüfung dieser Begründungen ist zunächst nicht einzusehen, warum Ermessensentscheidungen nicht justiziabel sein sollen, [262] und warum weiter eine einstweilige Anordnung zur Aussetzung der Vollziehung aus einem Beschluß nicht dem § 793 in sei-

---

260) RGZ 35, 341; OLG Karlsruhe BadRPr. 13, 37; OLG Kiel Recht 33 Nr. 316; KG HRR 36, 1256; OLG Celle MDR 60, 232; OLG Hamm JMBl.NRW 56, 17, 18; OLG Köln JMBl.NRW 68, 9; OLG Schleswig SchlHA 71, 51; KG NJW 71, 473; OLG München MDR 73, 147; Stein-Jonas-Grunsky § 572 Rdnr. 6; Wieczorek B IV; C III; Zöller-Karch II 4; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 2 B; Thomas-Putzo 2e, 3; § 567 Anm. 5c; Kuhnt ZZP 43, 358 ff.; a.A. OLG Königsberg HRR 38, 702

261) a.a.O.

262) zur Überprüfung von Ermessensentscheidungen vgl. etwa § 114 VwGO für das verwaltungsgerichtliche Verfahren, der lediglich gewisse Grenzen zieht, um zu gewährleisten, daß das Gericht nicht anstelle der Behörde Zweckmäßigkeitserwägungen anstellt.

ner entsprechenden Anwendung unterfallen soll.[263] Diese Auffassung wird schon durch einen Blick auf § 707 widerlegt, dem eine ähnliche Regelung zugrunde liegt. Wenn dort ein ausdrücklicher Ausschluß der Anfechtbarkeit angeordnet ist, kann daraus der Umkehrschluß gezogen werden, daß auch solche Entscheidungen eigentlich anfechtbar sein müssen.[264]

Es soll versucht werden, eine Lösung dieser Frage an Hand der Kriterien der dogmatischen Struktur, der Interessenlage zwischen den Parteien und der Intention des Gesetzgebers zu entwickeln. Dabei kann zunächst eine Parallelität der dogmatischen Struktur zu den Fällen der §§ 707, 719 festgestellt werden. Hier wie dort geht es dem Hauptbegehren nach um die Aufhebung eines Vollstreckungstitels, und in dessen Gefolge auch um die Unbegründetheit der Vollstreckung an sich. Auch die Interessen der Parteien sind in beiden Fällen gleich gelagert. Dem Interesse des Gläubigers an einer weiteren Vollstreckung, das sein Gewicht aus dem Umstand einer bereits zu seinen Gunsten ergangenen Entscheidung bezieht, korrespondiert das Schuldnerinteresse an einer Aussetzung der Vollstreckung bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel.

Fehl geht aber m.E. der Hinweis darauf, daß jederzeit

---

263) ebenso OLG Königsberg a.a.O.; Kuhnt a.a.O.

264) Kuhnt a.a.O.; für § 707 folgt auch die hM im Prinzip diesem Gedanken, wenn sie trotz des Ausschlusses in § 707 Abs. 2 Satz 2 eine Anfechtung mit der sofortigen Beschwerde unter bestimmten Voraussetzungen zuläßt, vgl. oben S. 67 ff.

eine Abänderung der einstweiligen Anordnung erreicht werden kann. [265], [266] Denn dies besagt doch nur, daß in der Praxis in der Regel eine Abänderung nur dann erreicht werden kann, wenn sich die zu beurteilenden Umstände gewandelt haben und andere Maßnahmen erfordern. Nicht ohne Not wird das zur Einstellung berufene Gericht aber auf den Abänderungsantrag hin von seiner vormaligen rechtlichen Auffassung abweichen.

Dieser Gesichtspunkt kann deshalb nur im Verein mit der weiteren Überlegung zum Tragen kommen, daß eine Präjudizierung der Entscheidung des iudex a quo in der Hauptsache durch eine - im summarischen Verfahren ergangene - Entscheidung des Beschwerdegerichtes auf die sofortige Beschwerde gegen den die Aussetzung anordnenden Beschluß vermieden werden soll. [267] Und diese Intention des Gesetzgebers hat auch hier Geltung zu beanspruchen, [268] da eine Beeinflussung der Entscheidung des iudex a quo in der Hauptsache durch die Erfolgsprognose des Beschwerdegerichtes hinsichtlich des Rechtsbehelfes nicht ausgeschlossen werden kann. Doch stellt sich diese Problematik in derselben Weise bei § 707, in dessen Rahmen die herrschende Meinung - gegen

---

265) dazu bereits oben S. 144 Fußn. 257

266) so aber schon die Begründung des Entwurfes einer Civilprozeßordnung zu den damaligen §§ 600, 609, Hahn Materialien I 427; auch RG SeuffA 50 Nr. 294; Kuhnt ZZP 43, 359

267) dieser Zusammenhang ergibt sich auch schon aus den Motiven, Hahn Materialien I a.a.O.

268) a.A. OLG Königsberg a.a.O.

den ausdrücklichen Wortlaut des § 707 Abs. 2 Satz 2 - die Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde dann bejaht, wenn Verstöße gegen die Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung oder Ermessensfehler gerügt werden.[269] Eine Abweichung von der dort gefundenen Lösung scheint deshalb im Rahmen des § 572 nicht gerechtfertigt, so daß die zu § 707 in bezug auf die Anfechtbarkeit entwickelten Grundsätze in gleicher Weise bei § 572 Beachtung zu finden haben.[270]

---

269) vgl. oben S. 67 ff., insbesondere S. 74

270) a.A. OLG Hamm JMBl.NRW 63, 132 und im Anschluß daran Stein-Jonas-Grunsky § 572 Rdnr. 6 mit m.E. verfehlter Begründung, wenn sie eine Abgrenzung zu § 707 versuchen, und zu dem Ergebnis gelangen, die dortigen Grundsätze seien auf § 572 deshalb nicht übertragbar, weil es sich bei § 707 um eine Entscheidung im Sinne des § 793 handele, bei § 572 dagegen nicht, und dabei übersehen, daß die hM genau diese Auffassung auch für § 732 Abs. 2 vertritt, in jenem Zusammenhang aber dennoch eine Analogie zu § 707 Abs. 2 Satz 2 bejaht wird. Zugeständnisse an die hier vertretene Auffassung machen das OLG Köln JMBl.NRW 68, 9 und in dessen Folge wiederum Stein-Jonas-Grunsky a.a.O., wenn sie die Anfechtbarkeit für den Fall zulassen, daß die einstweilige Anordnung in der Sache eine Entscheidung in der Hauptsache darstellt.

3. Kapitel Einstweilige Anordnungen nach § 732 Abs. 2 ZPO

§ 6 Erinnerung gegen die Erteilung der Vollstrekkungsklausel, § 732 Abs. 1 ZPO

I. Die Erinnerung nach § 732 ist ein Rechtsbehelf gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel. [271]

Hat der Rechtspfleger in den Fällen der §§ 726 Abs. 1, 727 - 729 aufgrund seiner Zuständigkeit nach § 20 Ziff. 12 RPflG eine qualifizierte Vollstreckungsklausel erteilt, muß diese gleichwohl im Verfahren nach § 732 angefochten werden, nicht im Verfahren nach § 11 RPflG. [272]

---

271) der andere ist in § 768 als Vollstreckungsgegenklage ausgestaltet, vgl. dazu unten S. 187 ff.

272) so die hM: Stein-Jonas-Grunsky Anhang zu § 576 Rdnr. 30; Stein-Jonas-Münzberg § 732 Rdnr. 9; Thomas-Putzo 1; Baumbach-Lauterbach-Hartmann B; Zöller-Scherübl II 2; a.A. Wieczorek A, C, der den Vorrang des Rechtspflegererinnerungsverfahrens bejaht. Folgt man dem, so wird man gemäß §§ 11 Abs. 4 RPflG, 572 Abs. 2 ZPO dem Rechtspfleger die Befugnis zusprechen müssen, bis zu seiner Entscheidung in der Sache die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen, Wieczorek § 732 Anm. C; Bassenge-Herbst § 11 RPflG Anm. 6a. Setzt der Rechtspfleger die Vollziehung seiner Entscheidung aus, entscheidet er aber gleichwohl nicht in der Sache, sondern legt die Erinnerung dem Richter zur Entscheidung vor, so kann dieser die einstweilige Anordnung des Rechtspflegers abändern, Bassenge-Herbst a.a.O.. Dies folgt aus der Funktion des Rechtspflegers und dem Aufbau des Rechtspflegergesetzes, die diesem Aufgaben zuweisen, die er in Abhängigkeit vom Richter (vgl. etwa §§ 5, 11 RPflG) erfüllt, und die bewirken, daß Rechtspfleger- und richterliche Entscheidung in derselben Instanz ergehen.

Allerdings ist derjenige, gegen den sich die Klausel richtet, auf Einwendungen hinsichtlich der Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel beschränkt, d.h. auf die Geltendmachung formeller Mängel, die im Klauselerteilungsverfahren entweder in bezug auf die Voraussetzungen der Erteilung einer Vollstreckungsklausel oder auf ihren Inhalt unterlaufen sind. [273]

Die Vollstreckungsklausel ist Voraussetzung für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem Titel. War die Erteilung der Klausel rechtswidrig, weil etwa die Rechtsnachfolge nicht in der von § 727 geforderten Form nachgewiesen worden ist, dann führt die Erinnerung nach § 732 zur Aufhebung der Vollstreckungsklausel. [274] Damit entfällt eine Vollstreckungsvoraussetzung, die Zwangsvollstreckung wird unzulässig und ist einzustellen oder zu beschränken, § 775 Ziff. 1.

Die Einlegung der Erinnerung zeitigt keine aufschiebende Wirkung, so daß für den Gläubiger die Möglichkeit zur weiteren Vollstreckung aufgrund der angefochtenen Klausel fortbesteht. Deshalb ermöglicht § 732 Abs. 2 eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung und stellt diese Anordnung in das Ermessen des Prozeßgerichtes.

---

273) etwa wenn das Nichtvorliegen eines vollstreckbaren Titels oder ein mangelnder Nachweis der Rechtsnachfolge vorgebracht wird; zum Ganzen und zu weiteren Fallgruppen Stein-Jonas-Münzberg § 732 Rdnr. 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 1; Zöller-Scherübl II 1; Thomas-Putzo 5; Wieczorek B

274) Stein-Jonas-Münzberg § 732 Rdnr. 10; Wieczorek D; Tenor: Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dieser Klausel.

Wird die Vollziehung aus einem bereits rechtskräf=
tigen Titel einstweilig eingestellt, so bedeutet dies
dennoch keine Durchbrechung der Rechtskraft des Titels,
da durch den anordnenden Beschluß keine Aussage bzw.
Prognose über den dem Titel zugrunde liegenden mate=
riellen Anspruch gemacht wird, sondern lediglich über
die Zulässigkeit der Vollstreckung aus der Klausel.
Der Titel selbst sowie die Zulässigkeit der Vollstrek=
kung aus ihm bleiben bestehen.

II. Eine einstweilige Anordnung nach § 732 Abs. 2
ist in das freie, pflichtgemäße Ermessen des Prozeß=
gerichtes gestellt. Bei der Ermessensausübung hat das
Gericht eine Abwägung der Interessen der Beteiligten
vorzunehmen, die - entsprechend dem Vorgehen bei den
§§ 707, 719 - auf den gesetzlichen Grundwertungen auf=
zubauen hat.

Dabei hat als Ausgangspunkt der folgenden Erwägun=
gen der Umstand zu dienen, daß mit der Erinnerung nicht
der im Titel festgestellte materiell-rechtliche An=
spruch angegriffen wird, sondern nur die Vollstrek=
kungsklausel als Voraussetzung der Vollstreckung gegen
den Erinnernden. Weiter erfordert der Gesichtspunkt
eine Differenzierung, daß sich die Rechtswidrigkeit
der Vollstreckungsklausel sowohl aus dem Titel selbst
als auch aus Mängeln des Klauselerteilungsverfahrens
ergeben kann. Dies führt zu einer Aufsplitterung des
gesetzlichen Wertungssystems.

Ergibt sich die Rechtswidrigkeit der erteilten Voll=
streckungsklausel aus der fehlenden vorläufigen Voll=
streckbarkeit oder Rechtskraft des Titels, so liegt
die Unzulässigkeit der Klausel im Titel selbst be=

gründet. Es besteht insoweit eine Ähnlichkeit zu den Fällen der §§ 707, 719, die aufgrund einer Anfechtung des Titels einstweilige Anordnungen zulassen. Allerdings besteht der Unterschied, daß dort der Titel insgesamt bekämpft wird, während nach § 732 nur geltend gemacht wird, der Titel decke die Klausel nicht. Diese Unterscheidung führt zu einer weiteren Differenzierung, die aus der Unterschiedlichkeit der in den §§ 726 Abs. 1, 727 - 729 geregelten Fällen folgt. Wurde die Klausel nach § 726 Abs. 1 erteilt, so durfte vor Eintritt der Bedingung ein Vollstreckungsverfahren überhaupt nicht durchgeführt werden. Dem Gläubiger steht noch kein Recht zur zwangsweisen Durchsetzung des verbrieften Anspruches zu. Für diesen Fall entsprechen die gesetzlichen Wertungen denen bei den §§ 707, 719. In den übrigen Fällen ermangelt es nur der zulässigen Vollziehung des vollstreckbaren Titels, doch wird man auch insoweit nicht anders entscheiden können, da doch in § 726 Abs. 1 die Entstehung des Titels mit vollstreckungsfähigem Inhalt auch die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung bewirkt, und dadurch eine Ähnlichkeit der Fallgestaltungen zum Ausdruck kommt.

Zwar wird das eine Bedingung beinhaltende Urteil mit seinem Erlaß, also gerade vor Eintritt der Bedingung für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, doch sind die vorbezeichneten Wirkungen von diesem Ausspruch unabhängig. Diese bewegen sich auf der materiell-rechtlichen Ebene, während der Vollstreckbarerklärung lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung zukommt. Die Verknüpfung beider Ebenen erfolgt vollstreckungsrechtlich etwa in den §§ 750, 756, 765, die die Erfüllung der materiell-rechtlichen Bedingung zur Voraussetzung für den Beginn der Zwangsvollstreckung machen.

Etwas anderes hat jedoch dann zu gelten, wenn sich die Unzulässigkeit der Klauselerteilung nicht aus dem Titel selbst ergibt, sondern im Klauselerteilungsverfahren begründet liegt, also z.B. Mängel beim Nachweis des Eintritts der Bedingung oder der Rechtsnachfolge geltend gemacht werden. Hier besteht eine gegenüber den vorherigen Fallgestaltungen stärkere Stellung des Gläubigers, da der Titel und dessen Vollstreckbarkeit völlig außer Streit stehen, fraglich vielmehr nur noch ist, ob der Gläubiger die Rechtsnachfolge im Klauselerteilungsverfahren ordnungsgemäß nachgewiesen hat, ob er also aus Gründen der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung statt eines ordentlichen Klageverfahrens das Klauselerteilungsverfahren durchführen konnte. Das hat zur Folge, daß an die Interessen des Schuldners an einer einstweiligen Anordnung höhere Anforderungen zu stellen sind. D.h. die Kriterien in der Interessenabwägung, die in den vorhergehenden Fällen zu einer einstweiligen Anordnung führen, reichen hier nicht aus, vielmehr müssen zusätzliche Momente hinzukommen. Ein solches Moment ist etwa in der Schwere des Eingriffs für den Schuldner zu sehen.[275] Somit kommt jedenfalls bei Bagatellansprüchen, deren Begleichung den Schuldner nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt, eine einstweilige Anordnung nicht in Betracht. Bei höheren Forderungen ist hingegen eine konkrete Beurteilung darüber anzustellen, inwieweit die Fortführung der Zwangsvollstreckung eine Beeinträchtigung des Schuldners hervorruft. Das Interesse des Gläubigers kann jedoch nicht einen so weitgehenden

---

275) anders dagegen bei § 707 Abs. 1, siehe oben S. 62 f.

Schutz erfahren, daß eine nicht wiedergutzumachende Benachteiligung des Schuldners in Kauf genommen wird, es sei denn, die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung würde zu einer solchen des Gläubigers führen.

Diese Ausführungen zeigen eine unverkennbare Angleichung an das gesetzliche Wertungsschema hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf, §§ 708 ff..[276] Dies hat auch seine innere Berechtigung. Denn auch dort steht die Richtigkeit des Urteiles, wenn auch nur als widerlegbare Vermutung, im Vordergrund, so daß jedes Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, mit Ausnahme der in § 704 Abs. 2 genannten. Den Schutz des Schuldners für den Fall ungerechtfertigter Vollstreckung aus einem fehlerhaften Urteil bewerkstelligen die Möglichkeiten der Anordnung von Sicherheitsleistungen bzw. Abwendungsbefugnissen sowie die Ansprüche aus § 717 Abs. 2 und 3.

Im übrigen sind in dem so abgesteckten Rahmen, in dem sich die Interessenabwägung des konkreten Einzelfalles zu bewegen hat, alle auch bei § 707 in die Interessenabwägung einzustellenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen, insbesondere also auch die Erfolgsaussicht der Erinnerung.

III. Das Gesetz stellt auch in § 732 Abs. 2 den Inhalt der einstweiligen Anordnung in das Ermessen des Gerichts. Allerdings wählt es nicht den Weg, alternativ

---

276) vgl. oben S. 62 f.

verschiedene Maßnahmen vorzugeben, sondern es läßt das Gericht in der Ausgestaltung dieser Anordnung frei, und zählt nur beispielhaft [277] einige Maßnahmen auf, die allerdings mit den in § 707 Abs. 1 Satz 1 zugelassenen Maßnahmen bis auf die dort zulässige Aufhebung bereits durchgeführter Vollstreckungsakte übereinstimmen.

Aufgrund des dem Gericht eingeräumten Ermessens bedarf es in diesem Zusammenhang keiner weiteren Erörterung, daß von einer Einstellung abweichende, den Gläubiger weniger belastende Maßnahmen angeordnet werden können, sofern dadurch der Schutz der Interessen des Schuldners in gleicher Weise erreicht werden kann. Dies ergibt sich zum einen bereits aus dem Wortlaut des § 732 Abs. 2 1.Halbsatz, der dem Prozeßgericht keinerlei Beschränkungen hinsichtlich des Inhaltes der einstweiligen Anordnungen auferlegt. Zum anderen tritt zwar auch hier das Prozeßgericht als unabhängiges Organ der Rechtspflege auf und nimmt eine rechtsprechende Tätigkeit wahr, die sich letztlich jedoch in der Beurteilung der Zulässigkeit der Klauselerteilung und damit der Vollstreckung an sich erschöpft. Doch ist die gesondert zu beurteilende Frage einer einstweiligen Anordnung ausschließlich in das Ermessen des Prozeßgerichtes gestellt. Und in Ausübung dieser Tätigkeit unterfällt es den allgemeinen Regeln staatlichen Handelns bei der Ausübung von Ermessen. Danach ist eine unter Verletzung des Grundsatzes des geringstmöglichen Eingriffes angeordnete Maßnahme rechtswidrig. [278]

---

277) "insbesondere" in § 732 Abs. 2

278) zu deren Anfechtbarkeit siehe unten S. 164 ff.

Ist das Urteil, aus dem vollstreckt wird, noch nicht rechtskräftig, sondern nur vorläufig vollstreckbar, so können auch hier die bei § 707 zulässigen, teilweise aber von den ausdrücklichen Maßnahmen abweichenden Anordnungen [279] ausgesprochen werden, also etwa eine Herabsetzung der Höhe der zu leistenden Sicherheit oder eine Herabsetzung der Höhe der dem Schuldner nach § 712 Abs. 1 nachgelassenen Sicherheitsleistung zur Abwendung der Vollstreckung. Hat dagegen das Urteil bereits Rechtskraft erlangt, so ist ein ausreichender Schutz des Schuldners auch denkbar, wenn dem Gläubiger aufgegeben wird, den Pfändungserlös zu hinterlegen, sich also auf eine Sicherungsvollstreckung im Sinne des § 720a zu beschränken. Oder aber es kann etwa der Aufschub der Vollstreckung des Gläubigers von einer Sicherheitsleistung oder Hinterlegung der Forderungssumme durch den Schuldner abhängig gemacht werden, auch wenn eine solche Abwendungsbefugnis im Urteil nicht eingeräumt worden war.

Problematisch ist, ob bei § 732 Abs. 2 auch die Aufhebung bereits durchgeführter Vollstreckungsmaßnahmen zulässig ist. Allein aus dem Umstand, daß eine solche Aufhebung in der beispielhaften Aufzählung des 2.Halbsatzes keine Erwähnung gefunden hat, kann jedoch noch nicht auf deren Unzulässigkeit geschlossen werden, da der Inhalt der Anordnungen grundsätzlich dem Ermessen des Gerichtes überlassen bleibt. Allenfalls geht davon eine gewisse Indizwirkung für den Willen des Gesetzgebers aus, die Aufhebung bereits durchgeführter Voll-

279) dazu Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 7, 8; Schneider MDR 73, 356, 358; auch oben S. 63 Fußn. 116

streckungsmaßregeln auf Ausnahmefälle zu beschränken, die einer Untermauerung auf der Grundlage der in dieser Norm geregelten Interessengegensätze bedarf.

Ganz überwiegend wird in Rechtsprechung und Literatur davon ausgegangen, daß eine Aufhebung bereits erfolgter Vollstreckungsmaßregeln nicht in Betracht kommt. [280] Zur Begründung wird darauf verwiesen, eine Aufhebung sei wegen deren unberechenbaren Folgen gänzlich unstatthaft, [281] auch erkläre sich diese Beschränkung aus der "besonderen Vorläufigkeit der Anordnung" und der "noch fehlenden Prüfung, ob überhaupt hinreichende Erfolgsaussichten für das mit dem Hauptanspruch verfolgte Ziel bestehen". [282]

Diese Begründungen sind teilweise nicht zutreffend, oder aber sie haben nur eine geringe Aussagekraft. So hat das Gericht - entgegen der Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichtes Hamburg - die Erfolgsaussichten des Hauptantrages, der mit der Erinnerung verfolgt wird, summarisch zu überprüfen. [283] Zum anderen bleibt völlig unklar, was unter "besonderer Vorläufigkeit" verstanden werden soll. Weiter leuchtet mir auch nicht ein, warum die Folgen hier unberechenbarer als

---

280) Hans.OLG Hamburg MDR 58, 44; Stein-Jonas-Münzberg § 732 Rdnr. 13; Wieczorek C IV; Zöller-Scherübl III; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 3; Thomas-Putzo 8; Schönke-Baur § 16 III 2d

281) Baumbach-Lauterbach-Hartmann a.a.O.

282) Hans.OLG Hamburg a.a.O.

283) oben S. 155

bei den §§ 707, 719 sein sollen.

Demgegenüber hat der Ansatzpunkt für eine Beurteilung auch hier zu sein, inwieweit die sich gegenüberstehenden Parteiinteressen die Aufhebung bereits durchgeführter Vollstreckungsmaßregeln zulassen und tragen. Und auch in diesem Zusammenhang ist dem Umstand besondere Beachtung zu schenken, daß Titel und materieller Anspruch als bestehend hingenommen werden, vielmehr nur geltend gemacht wird, die Klausel hätte nicht oder nicht so erteilt werden dürfen. Ebenso ist die sich daraus ergebende starke Position des Gläubigers für die §§ 727 - 729 zu berücksichtigen. Dies bedeutet, daß dieser Interessenbewertung auch in bezug auf den Inhalt einer einstweiligen Anordnung Rechnung getragen werden muß. D.h. trotz des berechtigten Interesses des Schuldners an einem Aufschub der Vollstreckung muß dem Gläubiger ein "Bonus" hinsichtlich seines erworbenen rechtlichen "Besitzstandes" eingeräumt werden. Liegt mithin für die §§ 727 - 729 eine gegenüber den §§ 707, 719 verdichtete Rechtsstellung des Gläubigers deshalb vor, weil keine Einwendungen gegen den rechtlichen Bestand des Titels erhoben werden, somit sein Vertrauen in die Durchsetzbarkeit des Titels größer ist und damit auch einem stärkeren Schutz unterliegt, so ist folgerichtig - mit der bereits hervorgehobenen Abweichung für Ausnahmefälle - die Unzulässigkeit der Aufhebung bereits durchgeführter Vollstreckungsmaßregeln festzustellen.

Etwas anderes hat bei § 726 aufgrund der hiervon abweichenden Interessenbewertung zu gelten, die der-

jenigen bei den §§ 707, 719 entspricht. [284] Aufgrund dieser Gleichartigkeit werden sämtliche bei den §§ 707, 719 zulässigen Anordnungen auch bei § 732 Abs. 2 für möglich zu erachten sein, eingeschlossen der Aufhebung bereits durchgeführter Vollstreckungsmaßregeln.

IV. Anders als § 707 in Abs. 2 Satz 2 enthält § 732 keine Regelung hinsichtlich der Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen. Demgemäß ist diese Frage auch problematisch.

a) Die amtliche Begründung zur Civilprozeßordnung sagt zu dem damaligen § 617 CPO nichts über die Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen aus. [285] So wurde zunächst unter dem Abstellen auf den Unterschied zur ausdrücklichen Regelung in § 707 (damals § 600) die Zulässigkeit der Anfechtung einstweiliger Anordnungen nach § 732 Abs. 2 mit der sofortigen Beschwerde angenommen, [286] bis sich dann in der Rechtsprechung allmählich die entsprechende Anwendung des § 707 Abs. 2 Satz 2 durchsetzte.

Diese Tendenz der Rechtsprechung und später auch der Literatur vollzog der Gesetzgeber durch § 3 Ziff. 4 der 3.Vereinfachungsverordnung vom 16.5.1942 (RGBl. I S. 333) nach, die u.a. Beschwerden gegen einstweilige Anordnungen für unzulässig erklärte. Zwar wurde diese Bestimmung durch Art. 8 Abs. 2 Ziff. 21 des Vereinheitlichungsgesetzes vom 12.9.1950 (BGB. I S. 455) wieder

---

284) siehe oben S. 153

285) Hahn Materialien I 435 f.

286) Stein-Jonas (14) § 732 III

aufgehoben, doch wurde danach ganz überwiegend die entsprechende Anwendbarkeit des § 707 Abs. 2 Satz 2 auf § 732 Abs. 2 vertreten.

b) Die Unanfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen nach § 732 Abs. 2 [287] in entsprechender Anwendung des § 707 Abs. 2 Satz 2 wird aus verschiedenen Gesichtspunkten hergeleitet.

Einmal wird die sachlich gleiche Regelung betont, [288] der auch der gleiche gesetzgeberische Gedanke zugrunde liege, nämlich die Entscheidung in der Hauptsache nicht durch eine einstweilige Anordnung unnötig zu verzögern. [289] Da diese Anordnung nur vorläufiger Natur sei, sei ein Rechtsmittel hiergegen entbehrlich. Die Unterbindung entbehrlicher Rechtsmittel aber liege im "wohlverstandenen Interesse der Parteien und der Rechtspflege". [290]

Es wird weiter ausgeführt, § 793 könne bereits des-

---

287) dies ist die ganz hM in Rechtsprechung und Literatur: OLG Breslau JW 28, 1521; KG JW 30, 2065; OLG Stettin JW 31, 1830; OLG Stuttgart JW 32, 117; OLG Dresden HRR 36 Nr. 1340; OLG Celle RdL 50, 238; MDR 54, 426 = Nds.RPfl. 88; OLG Hamm JMBl.NRW 56, 17 = ZMR 103; Hans.OLG Hamburg MDR 58, 44; LG Berlin NJ 50, 96; LG Waldshut NJW 54, 277; Stein-Jonas-Münzberg § 732 Rdnr. 14; Thomas-Putzo 8; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4b; Zöller-Scherübl III; Wieczorek C IVa; Schumacher, Die einstweilige Anordnung im Erinnerungsverfahren, ZZP 72, 360, 364

288) Stein-Jonas-Münzberg a.a.O.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann a.a.O.

289) OLG Dresden a.a.O.; KG a.a.O.; Hans.OLG Hamburg a.a.O.; LG Berlin a.a.O.

290) OLG Stuttgart a.a.O.; LG Berlin a.a.O.

halb nicht zur Anwendung kommen, weil es sich bei einer Anordnung nach § 732 Abs. 2 nicht um einen Akt im Vollstreckungsverfahren, sondern um eine die Sachentscheidung vorbereitende Maßnahme handele.[291] Wenn weiter das Gericht auch nicht an die Anträge der Parteien gebunden sei, so müsse ihm auch die Möglichkeit eingeräumt werden, bei veränderter Sachlage eine Änderung der Anordnung herbeiführen zu können. Daran werde es aber bei der Zulassung einer sofortigen Beschwerde durch § 577 Abs. 3 gehindert. Auch sei die Rechtslage die gleiche wie bei § 572 Abs. 3, bei dem auch eine Beschwerde gegen eine einstweilige Anordnung unzulässig sei.[292]

Eine Anfechtung soll jedoch möglich sein, wenn die Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung gar nicht gegeben waren oder dem Prozeßgericht Fehler bei der Ermessensausübung unterlaufen sind, aber auch, wenn die einstweilige Anordnung zu einer endgültigen Regelung führen würde.[293]

c) Die von der herrschenden Meinung vorgetragene Begründung spiegelt die Rechtslage nur unvollkommen wider, wenn auf die Gleichartigkeit der gesetzlichen Regelungen in § 732 bzw. §§ 707, 572 Abs. 3 verwiesen wird. Die Feststellung der Ähnlichkeit, zumal gemessen an den äußeren Merkmalen der jeweiligen Regelungen, muß nicht

---

291) OLG Breslau a.a.O.; LG Berlin a.a.O.

292) OLG Breslau a.a.O.; zum letzteren vgl. auch oben S. 146 ff.

293) LG Waldshut a.a.O.

notwendig die Gleichheit in der rechtlichen Behandlung bedingen. Vielmehr kann eine beiden Sachverhalten zugrunde liegende unterschiedliche Interessenlage durchaus eine abweichende Verfahrensgestaltung zeitigen. Dies wird im folgenden zu untersuchen sein.

Aus demselben Grund muß auch nicht zwingend der dem § 707 Abs. 2 Satz innewohnende Gedanke, die Entscheidung in der Hauptsache solle nicht unnötig behindert werden, auch bei § 732 Abs. 2 Geltung beanspruchen. Ebenso kann allein aus der Vorläufigkeit der Anordnung nicht der ausschließliche Schluß gezogen werden, die einstweilige Anordnung sei bereits ihrer rechtlichen Natur nach einer Anfechtung entzogen. Zum Beleg hierfür möge ein Hinweis auf das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sowie darauf dienen, daß auch von der herrschenden Meinung die Anfechtung für bestimmte Fälle zugelassen wird.

Die Auffassung des Oberlandesgerichtes Breslau, [294] eine einstweilige Anordnung sei deshalb nicht als Entscheidung im Verfahren der Zwangsvollstreckung im Sinne des § 793 anzusehen, weil es sich bei ihr lediglich um eine die Entscheidung in der Hauptsache vorbereitende Maßnahme handele, ist zumindest in dieser Allgemeinheit anfechtbar. Es kann nämlich nicht außer Betracht gelassen werden, daß durch diese direkt - wenn auch nur vorübergehend - Einfluß auf den Ablauf der Zwangsvollstreckung genommen wird, § 775 Abs. [295]

---

294) a.a.O.

295) Fleischmann-Mein DRiZ 58, 311; für einstweilige Anordnungen nach § 707 vgl. auch oben S. 80 ff.

Auch der Hinweis, dem einstellenden Gericht müsse - da diese Entscheidung auch von Amts wegen ergehen könne - jederzeit eine Abänderungsbefugnis vorbehalten blei= ben, ist m.E. nicht unanfechtbar. Auch hier wird das erkennende Gericht nur dann von seiner einmal erlas= senen Entscheidung abweichen, wenn dies durch wesent= liche Umstände gefordert wird, sich also entweder die tatsächlichen Verhältnisse gewandelt haben oder eine ersichtliche Fehlentscheidung vorliegt. [296]

d) Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulässig= keit einer Anfechtung einstweiliger Anordnungen nach § 732 Abs. 2 mit der sofortigen Beschwerde hat eine Darlegung darüber zu sein, welchen Interessenwider= streit § 732 Abs. 2 zu lösen berufen ist. [297] Dabei kann die amtliche Begründung zu § 617 des Entwurfes einer Civilprozeßordnung nicht weiterhelfen. Denn dort wird die Befugnis des Prozeßgerichtes, einst= weilige Anordnungen zu erlassen, damit gerechtfertigt, daß "das Gericht der Sache nach die Stellung eines Beschwerdegerichtes hat". [298] Dies erklärt jedoch nur, warum das Gericht einstweilige Anordnungen erlassen kann, nicht aber wird dadurch ausgedrückt, wie im übrigen weiter zu verfahren ist. Allenfalls kann in der Auffassung des Gesetzgebers, das Gericht übe eigent= lich die Funktion eines Beschwerdegerichtes aus, ein

---

296) siehe auch oben S. 68 f. zu § 707

297) Fleischmann-Mein DRiZ 58, 312 wählen denselben Ausgangspunkt, begnügen sich dann jedoch mit einer Darstellung der dogmatischen Unterschiedlichkeit, ohne weiter zu untersuchen, welche Folgerungen hieraus konkret für die Beurteilung der Unter= schiedlichkeit der Interessenlagen zu ziehen sind.

298) Hahn Materialien I 437

Anhaltspunkt dafür gesehen werden, daß die Frage, ob nicht deshalb auch hier die Anfechtbarkeit auszuschliessen ist, einer genaueren Prüfung zu unterziehen ist. [299]

Wie in den vorhergehenden Erörterungen schon mehrfach hervorgehoben worden ist, regelt § 732 einen Konflikt zwischen Gläubiger und Schuldner - oder auch nur behauptetem Gläubiger und Schuldner, § 727 - in einem Stadium ihrer Rechtsbeziehungen, in dem die Gläubigerinteressen deshalb ein so starkes Übergewicht über die Schuldnerinteressen gewonnen haben, weil der Titel in seinem materiellen Bestand als solcher nicht angegriffen wird und jedenfalls bestehen bleibt. Darin liegt ein ganz grundlegender Unterschied zu den §§ 707, 719, bei denen die Ausgewogenheit der Regelungen in den §§ 711 - 713 wie auch der Ausgestaltung der möglichen einstweiligen Regelungen in § 707 Abs. 1 Satz 1 und 2 die angemessene Berücksichtigung der der "relativen Ungeklärtheit" der materiellen Rechtslage entspringenden Interessengegensätze durch das einstellende Gericht gewährleistet. Unter diesen Voraussetzungen scheint es gerechtfertigt zu sein, die Anfechtung einstweiliger Anordnungen zu untersagen, da aufgrund der ausreichenden Sicherung beider Parteien grundsätzlich ein "Rechtsschutzbedürfnis" für ein Beschwerdeverfahren nicht besteht. [300]

Etwas anderes hat aber dann zu gelten, wenn - wie bei § 732 - die Gläubigerinteressen einen stärkeren

---

299) vgl. oben S. 147 f.

300) dazu oben S. 67 ff.

Schutz genießen müssen als bei den §§ 707, 719, weil sie dem Gläubiger eine übergewichtige Position verschafft haben. Als Ausfluß dieser Gläubigerstellung war bereits die grundsätzliche Unzulässigkeit der Aufhebung schon durchgeführter Vollstreckungsmaßregeln herausgestellt worden. [301] Doch muß es dem Gläubiger darüber hinaus auch erlaubt sein, seiner Stellung durch die Anfechtung - doch auch von Amts wegen möglicher - einstweiliger Anordnungen Geltung zu verschaffen. Anderenfalls würde dieser Stellung nur ein eingeschränkter Wert zukommen, [302] da sie für den Gläubiger in der praktischen Rechtsverwirklichung dann keine große Bedeutung mehr erlangen könnte. [303]

Zwar kollidiert diese Auffassung mit dem dem § 707 Abs. 2 Satz 2 durch die amtliche Begründung beigemessenen Zweck, eine Präjudizierung der Entscheidung in der Hauptsache durch eine Beschwerdeentscheidung zu vermeiden. [304] Problematisch bleibt aber dennoch, ob gerade dieser Zweck für die Anfechtung einer einstweiligen Anordnung nach § 732 Abs. 2 Geltung beanspruchen kann. Dies ist m.E. zu verneinen. Denn eine solche Präjudizierung würde hier nicht zu jenen weit-

---

301) oben S. 158 ff.

302) im Ergebnis ebenso Fleischmann-Mein DRiZ 58, 312

303) Soweit für § 726 eine Angleichung der Parteiinteressen an die Interessenlage bei den §§ 707, 719 befürwortet worden ist, vgl. oben S. 153, wird von einer entsprechenden Anwendung des § 707 Abs. 2 Satz 2 unter Einschluß der dort entwickelten Grundsätze, oben S. 67 ff., auszugehen sein.

304) Hahn Materialien I 427

reichenden Folgen führen wie bei § 707, da sie sich hier lediglich auf die Zulässigkeit der Klauselerteilung bezieht, die in den Fällen der §§ 726 Abs. 1, 727 - 729 nur dann einen materiell-rechtlichen Hintergrund hat, wenn der Bedingungseintritt oder die Rechtsnachfolge selbst bestritten wird. [305] Eine Präjudizierung der Entscheidung über die Erinnerung durch die Beschwerdeentscheidung über die einstweilige Anordnung kann aber hingenommen werden, da die Parteien dadurch nicht der verfahrensmäßigen Verfolgung ihrer Rechte beraubt werden. Dem Gläubiger steht es offen, die von ihm erstrebte Klausel erneut formell einwandfrei zu beantragen, oder Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 zu erheben. Der Schuldner aber kann sich noch mit der Vollstreckungsabwehrklage wehren. [306] Daß diese Verweisung der Parteien auf die Durchführung weiterer Klageverfahren im vorliegenden Zusammenhang nicht unzulässig ist, ergibt sich daraus, daß das Verfahren nach § 732 Abs. 1 nach dem Willen des Gesetzgebers ohnehin nur provisorischen, nicht endgültig entscheidenden Charakter haben soll, [307] also nur einer vorläufigen und schnellen Klärung dient. [308]

Dieses Ergebnis soll noch durch einige formelle Überlegungen untermauert werden, die allein freilich

---

305) zur Zulässigkeit der Erinnerung in diesen Fällen Stein-Jonas-Münzberg § 732 Rdnr. 2 bei Fußn. 8

306) RGZ 50, 372, 374 ff.; RG WarnRspr. 1913 Nr. 349; Stein-Jonas-Münzberg § 732 Rdnr. 6

307) Hahn Materialien I 436

308) RGZ 50, 372, 375

nicht tragfähig sein würden. Zunächst ist beachtenswert, daß die Anfechtung im Gesetz nicht ausdrücklich versagt wird, und auch die amtliche Begründung keinen Hinweis in dieser Richtung gibt. [309] Daraus kann im Verein mit den vorstehenden Erörterungen der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber die Unterschiede in der Interessenlage erkannt und als Folge daraus die Anfechtbarkeit einer einstweiligen Anordnung nach § 732 anerkannt hat. In diese Richtung deutet auch die Aufhebung des § 3 Ziff. 4 der 3.Vereinfachungsverordnung vom 16.5.1942 durch Art. 8 Abs. 2 Ziff. 21 des Vereinheitlichungsgesetzes. [310]

In die entgegengesetzte Richtung scheint jedoch die Entwicklung in der Gesetzgebung zu gehen. Auf der Grundlage des Arbeitsberichtes der Kommission für das Zivilprozeßrecht [311] sah der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung aus dem Jahre 1970 die Unanfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen vor. [312] Diese Unanfechtbarkeit wurde jedoch nicht in den Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) [313]

---

309) Hahn Materialien I 436 f.

310) dazu auch Fleischmann-Mein DRiZ 58, 312

311) Kommissionsbericht, mit einem Vorschlag für eine Neufassung bzw. Ergänzung der §§ 732 Abs. 2, 766 Abs. 1 Satz 2, 769 Abs. 3, S. 264, allerdings ohne Begründung, S. 173

312) BTDrucksache VI/790 S. 13 zu Nr. 102 f., 107 f., mit der Begründung, daß sich die Beschwerde gegen einstweilige Anordnungen und vorläufige Maßnahmen hemmend auf das Verfahren der Hauptsache auswirken könne und der Beschwerdeausschluß daher der Beschleunigung diene; weil die Anordnungen vorläufiger Natur seien, führe der Rechtsmittelausschluß auch nicht zu einer dauernden Beeinträchtigung des Rechtsschutzes, 2.Teil B III 1c, S. 31

313) BTDrucksache 7/2729

übernommen, weil diese Regelung nicht vordringlich genug erschien. [314]

Die gegenüber den §§ 707, 719 verstärkten Interessen des Gläubigers über diejenigen des Schuldners [315] bedingen, daß dieser die Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung nicht anfechten kann. Dies folgt für die §§ 726 Abs. 1, 727 - 729 schon aus dem Umstand, daß mit der Erinnerung lediglich formale Fehler im Verfahren auf Erteilung der Vollstreckungsklausel geltend gemacht werden. Das hiermit verfolgte Interesse des Schuldners wird mit der Vorläufigkeit des ablehnenden Beschlusses hinreichend abgedeckt. Der Zulassung einer Anfechtung bedarf es m.E. nicht.

---

314) BTDrucksache 7/2729 1.Teil A, S. 32

315) S. 165 f.

§ 7 Die entsprechende Anwendung des § 732 Abs. 2 ZPO kraft Gesetzes

I. Die Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, § 766 ZPO

a) In § 766 Abs. 1 wird dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet, sich gegen die Nichtbeachtung der formellen Voraussetzungen und Hindernisse durch das Vollstreckungsorgan zu wenden, d.h. die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung geltend zu machen, sowie durch den Gerichtsvollzieher begangene Verfahrensfehler und vom Vollstreckungsgericht ohne Anhörung des Schuldners erlassene Entscheidungen, etwa einen Pfändungsbeschluß, zu rügen. [316, 317]

Die Einlegung der Erinnerung entfaltet keine die Vollstreckung aufschiebende Wirkung. Der Gläubiger ist

---

316) zu den einzelnen im Rahmen des § 766 möglichen Einwendungen vgl. die Zusammenstellung bei Stein-Jonas-Münzberg § 766 I, II 1

317) zum Verhältnis der Erinnerung nach § 766 zur Rechtspflegererinnerung nach § 11 RPflG siehe OLG Köln RPfleger 72, 193 = MDR 333; OLG Koblenz RPfleger 72, 220; 73, 65; KG RPfleger 73, 32; OLG Hamm RPfleger 73, 222; NJW 73, 1332 = JuS 722 f.; OLG Düsseldorf NJW 73, 1133 = JuS 722 f.; OLG Celle RPfleger 71, 213; Stein-Jonas-Münzberg § 766 I 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 2 B; Zöller-Scherübl I 2; Thomas-Putzo 1b; Arnold/Meyer-Stolte, Rechtspflegergesetz, 3.Aufl. 1978, § 11 Anm. 11.5. 2; § 20 Anm. 20.10.7; Blomeyer, J., Die Rechtsbehelfe von Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Fall der Arbeitslohnpfändung, RdA 74, 1, 9; Meyer-Stolte, Einzelfragen zur Rechtspfleger-Erinnerung, RPfleger 72, 193, die alle vom Vorrang der Erinnerung nach § 766 ausgehen; a.A. Kümmerlein, Zum Verhältnis von § 11 RPflG zu § 766 ZPO, RPfleger 71, 11 f.

somit nicht gehindert, das von ihm eingeleitete Voll=streckungsverfahren trotz der behaupteten Mängel weiter zu betreiben. Doch kann das Vollstreckungsgericht zur Sicherung des Schuldners einstweilige Anordnungen nach den §§ 766 Abs. 1 Satz 2, 732 Abs. 2 erlassen.

Die dogmatische Struktur der Erinnerung nach § 766 ist durch das Bestehen eines rechtskräftigen oder doch vorläufig vollstreckbaren Urteiles bzw. eines anderen Vollstreckungstitels gekennzeichnet. Der Titel selbst wird auch nicht angefochten. Es wird lediglich vorge=tragen, daß die Zwangsvollstreckung überhaupt oder einzelne Maßnahmen in ihrer tatsächlichen Durchführung unzulässig seien. Insoweit ergibt sich eine Ähnlichkeit mit den dogmatischen Grundlagen bei § 732, da auch dort Fragen der Zulässigkeit der Vollstreckung einer gericht=lichen Prüfung unterzogen werden. Ein Unterschied ist jedoch dahin festzustellen, daß § 732 die Unzulässig=keit der Erteilung einer Vollstreckungsklausel betrifft, also Handlungen im Vorfeld der Zwangsvollstreckung er=faßt und damit nur mittelbar die Zulässigkeit der Voll=streckung zum Gegenstand hat, während § 766 auf die Feststellung der Unzulässigkeit von Vollstreckungsmaß=nahmen ausgerichtet ist, also unmittelbar das Voll=streckungsverfahren selbst betrifft.

Auch die Interessenlage der Parteien gleicht der=jenigen bei § 732.

b) Trotz der uneingeschränkten Verweisung des § 766 Abs. 1 Satz 2 auf § 732 Abs. 2 ist doch zu fragen, ob die dort gefundenen Ergebnisse ohne Einschränkung auch in diesem Zusammenhang übernommen werden können. Und zwar deshalb, weil sich eventuell aus der dogmatischen

Verschiedenartigkeit der beiden Rechtsbehelfe Folgen für die Interessenabwägung ergeben können, die dann ihrerseits andere Lösungen erfordern, um zu einem zweckgerechten Interessenausgleich gelangen zu können.

(1) Auswirkungen sind zunächst in bezug auf die vom Gericht vorzunehmende Interessenabwägung zu untér= suchen.

Beweggrund für den Gesetzgeber, einstweilige Anord= nungen bei § 766 zuzulassen, war wiederum [318] die Überlegung, daß das Gericht eigentlich die Funktion eines Beschwerdegerichtes ausübe. [319] Auf die be= schränkte Aussagekraft dieses Motives ist bereits hingewiesen worden. [320]

Vielmehr ist auch hier zu fragen, ob sich aus den Unterschieden Folgerungen für die Interessenabwägung ziehen lassen. Die gegenüber den §§ 707, 719 stärkere Stellung des Gläubigers wurde bei § 732 damit begrün= det, daß der Titel und der in ihm verbriefte materiell= rechtliche Anspruch unberührt bleiben, vielmehr ledig= lich die Erteilung der Klausel einer Überprüfung unterzogen werden soll, also letztlich eine Entschei= dung über eine Vollstreckungsvoraussetzung begehrt wird. Demgegenüber betrifft § 766 Handlungen eines Voll= streckungsorganes, also Maßnahmen, die im Vollstrek= kungsverfahren angeordnet worden sind.

Im Rahmen der Erinnerung nach § 766 ist eine weitere Differenzierung beachtlich, die sich auf die rechtliche

---

318) zu § 732 Abs. 2 siehe oben S. 164 bei Fußn. 298

319) Hahn Materialien I 437

320) oben S. 164 f.

Natur der Einwendungen stützt. Denn einmal kann mit der Anfechtung geltend gemacht werden, die Durchführung eines Vollstreckungsverfahrens sei nicht zulässig,[321] wenn etwa das Fehlen einer Vollstreckungsklausel vorgebracht wird. In diesen Fällen gleicht die Interessenlage derjenigen in § 732, so daß die Übernahme der dort vertretenen Ergebnisse angemessen erscheint.

Zum anderen kann sich die Anfechtung auf einzelne Vollstreckungsmaßregeln beziehen, ohne die Zulässigkeit der Vollstreckung an sich zu berühren. Dann stellt sich die vom Gläubiger erworbene prozessuale Stellung als gegenüber § 732 weiter verstärkt dar, da nunmehr sowohl der im Titel verbriefte materiellrechtliche Anspruch als auch die Zulässigkeit der Vollstreckung feststehen und dem Vertrauen des Gläubigers in die Vollziehbarkeit dieses Titels eine weiteres gewichtiges Moment verleihen. Auf diese Gesichtspunkte ist bei der Interessenabwägung, die einer einstweiligen Anordnung vorangeht, das Augenmerk zu richten. Es geht hier mithin nicht um die Frage einer subjektiven Gewichtung der Parteiinteressen, sondern lediglich darum, wie im Lichte der gesetzlichen Regelung und der dieser immanenten Interessenbewertung die abstrakte Interessenlage zu zeichnen ist. Und dabei ist zu beachten, daß bei § 732 die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung an sich in Streit steht (Klausel), in § 766 dagegen nur die einer einzelnen Vollstreckungsmaßnahme, die generelle Zulässigkeit der Vollstreckung dagegen unberührt bleibt. Eine einstweilige Anordnung ist somit auch nur unter gegenüber § 732[322] erschwerten Voraussetzungen möglich. So

---

321) Stein-Jonas-Münzberg § 766 II 1

322) dazu oben S. 152 f.

wird man insbesondere eine einstweilige Anordnung in bestimmten Fällen infolge der Interessenabwägung auch dann ausschließen dürfen, wenn damit erhebliche Lasten für den Schuldner verbunden sind. Selbst die Inkaufnahme einer nicht wiedergutzumachenden Benachteiligung des Schuldners scheint unter diesen Voraussetzungen nicht ausgeschlossen zu sein. Doch müssen die widerstreitenden Interessen einer umfassenden Abwägung unterzogen werden, die insbesondere auch unter Berücksichtigung von Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit durchzuführen ist. So kann schon ein relativ unbedeutender, dennoch unersetzbarer Nachteil beim Schuldner eine einstweilige Anordnung dann rechtfertigen, wenn auf seiten des Gläubigers überhaupt keine Nachteile entstehen können. Andererseits können auch gewichtige ersetzbare Nachteile des Gläubigers bis zu einem gewissen Grade unersetzbare Nachteile des Schuldners überspielen. Können bei beiden Parteien unersetzbare Nachteile eintreten, so sind diese unter Zugrundelegung der der gesetzlichen Regelung immanenten Interessenbewertung zu gewichten und gegenüberzustellen. Alle diese Gesichtspunkte sind dem Problemkreis einer konkreten Interessenabwägung im betreffenden Einzelfall zuzurechnen. Letztlich lassen sich aber in die Einzelheiten gehende Kriterien nur unter großen Schwierigkeiten entwickeln, so daß diese Ausführungen hier genügen müssen.

(2) Da mit den zu treffenden Anordnungen gerade der Zweck verfolgt wird, für die Zeit des Schwebezustandes möglichst die beiderseitigen Interessen trotz ihrer Gegensätzlichkeit abzusichern, ist zunächst nach Maßnahmen zu trachten, die dieser Zwecksetzung entsprechen. Läßt sich dies nicht erreichen, so können -

soweit die nach den vorstehenden Ausführungen durchzu=
führende Interessenabwägung überhaupt das Bedürfnis
nach einer einstweiligen Anordnung ergibt - auch Maß=
nahmen angeordnet werden, die das Risiko des Schuld=
ners nicht voll abdecken. Im übrigen besteht kein An=
laß, die einstweiligen Anordnungen in ihrem zulässigen
Inhalt gegenüber § 732 Abs. 2 zu beschränken.

II. Antrag auf Gewährung, Verlängerung oder Verkürzung einer Räumungsfrist für Wohnraum, § 721 ZPO

a) In den §§ 721 Abs. 4 Satz 4, 794a Abs. 1 Satz 4 wird auf die im Rahmen des § 732 Abs. 2 zulässigen einstweiligen Anordnungen verwiesen. Hinsichtlich des Inhaltes dieser Anordnungen kann auf die dortigen Ausführungen [323] verwiesen werden, da kein Anlaß für eine abweichende Betrachtung besteht. Im folgenden beschränke ich mich auf eine Untersuchung des § 721. [324]

In § 721 ist eine Schuldnerschutzbestimmung für die Zwangsvollstreckung gegeben, die den Gedanken eines sozialen Werten verpflichteten Mietrechtes in das Vollstreckungsverfahren hinein verlängert. Danach kann, auch wenn ein Räumungsurteil bereits Rechtskraft erlangt hat, dem Schuldner auf Antrag eine Frist zur Räumung über den im Urteil bestimmten Zeitpunkt hinaus gewährt, Abs. 2, oder aber eine bereits eingeräumte Räumungsfrist verlängert werden, Abs. 3. Dies bedeutet in der Rechtswirklichkeit eine befristete Aufhebung der Zwangsvollstreckung aus dem Räumungsurteil. Allerdings nur hinsichtlich des Räumungsausspruches, der Kostenausspruch bleibt weiter vollstreckbar, § 721 Abs. 1 Satz 3 2.Halbsatz. [325]

Die Entscheidung über den Antrag auf Gewährung einer Räumungsfrist ist in das Ermessen des Gerichtes gestellt. Zuständig ist grundsätzlich das Prozeßgericht des ersten Rechtszuges bzw., solange der Rechtsstreit

---

323) oben S. 155 ff.

324) zu § 794a siehe unten S. 184 ff.

325) Stein-Jonas-Münzberg § 721 Rdnr. 19

in der Berufungsinstanz anhängig ist, das Berufungsgericht, § 721 Abs. 4 Satz 1. [326] Es sind sämtliche Umstände, die für oder gegen die Gewährung einer Räumungsfrist sprechen, gegeneinander abzuwägen und zu gewichten. So werden z.B. regelmäßig die persönlichen Verhältnisse von Schuldner und Gläubiger zu berücksichtigen sein. [327]

Dogmatisch wird hier eine bislang noch nicht erörterte Verfahrensgestaltung eingeführt, die auch aus dem Rahmen der systematischen Grundlagen der Zwangsvollstreckung fällt. Das Räumungsurteil ist rechtskräftig geworden. Und seine Anfechtung wird auch nicht mit den außerordentlichen Rechtsbehelfen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bzw. der Wiederaufnahme des Verfahrens betrieben. Es wird auch nicht die Unzulässigkeit der Vollstreckung mangels Vorliegens ihrer formellen Voraussetzungen oder die Rechtswidrigkeit einzelner Vollstreckungsmaßregeln geltend gemacht. Allein die Komponente der sozialen Härte einer Vollstreckung aus dem Räumungstitel ermöglicht hier den zeitweiligen Ausschluß der Vollstreckungswirkungen. Nicht berührt wird dagegen die Rechtskraft des Räumungstitels. Dem-

---

326) Handelt es sich bei der Räumungsklage um eine mietrechtliche Streitigkeit, für die gemäß § 23 Ziff. 2a GVG das Amtsgericht in erster Instanz sachlich zuständig ist, so ist eine Revision nach § 545 Abs. 1 unstatthaft. Zur Frage, inwieweit bei nicht mietrechtlicher Räumungsklage ein Antrag nach § 721 Abs. 1 erstmalig auch in der Revisionsinstanz gestellt und beschieden werden kann, siehe Stein-Jonas-Münzberg § 721 Rdnr. 18

327) Thomas-Putzo § 721 Anm. 2f; zu den einzelnen Umständen, die zu beachten sind, vgl. die Aufstellung bei Stein-Jonas-Münzberg § 721 Rdnr. 10, 11 und die dort aufgeführte Rechtsprechung.

gemäß wird hier auch nicht ausgesetzt bis zum Erlaß einer Entscheidung in der Hauptsache, sondern für einen im Aussetzungsbeschluß genau festgesetzten Zeitraum.

Diese "Systemwidrigkeit" im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens zeigt sich auch bei einem Blick auf die dogmatische Einordnung der "klassischen" Schuldnerschutzbestimmungen der §§ 811 ff., 850 ff.. Diese sind gleichsam als negative Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Vollstreckung in die dort genannten Gegenstände ausgestaltet und von den Vollstreckungsorganen von Amts wegen zu beachten.[328] Ihre Verletzung muß mit der Erinnerung nach § 766 bekämpft werden, der Schuldner muß also reaktiv seiner sozialen Schutzwürdigkeit Geltung verschaffen. Demgegenüber ist hier dessen soziale Schutzwürdigkeit nur auf Antrag zu beachten und trägt damit gleichsam einen vorbeugenden Charakter.

Im Sinne der bisherigen Betrachtungen hat der Schuldner kein schutzwürdiges Interesse an einer Aussetzung der Vollstreckung. Die vom Gesetzgeber aber in weitem Umfang berücksichtigte soziale Schutzwürdigkeit zeitigt ein rechtlich anerkanntes Interesse des Schuldners auf Aussetzung der Vollstreckung, wenn ein Antrag auf Gewährung von Vollstreckungsschutz nach § 721 Abs. 2 und 3 gestellt worden ist.

---

328) RG JW 32, 787, 790; Stein-Jonas-Münzberg § 811 I 3; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 1 A; Thomas-Putzo 2a; Zöller-Scherübl I, II 3a; Wieczorek A IIIb; Lent-Jauernig § 32 II A; Rosenberg (9) § 191 I 2 pr.; Schönke-Baur § 21 II 3

b) Wird nachträglich ein Antrag auf Gewährung einer Räumungsfrist gestellt, so kann das Gericht bis zu dessen Bescheidung die weitere Vollstreckung durch Maßnahmen nach § 732 Abs. 2 beeinflussen. Auch solche einstweiligen Anordnungen sind in das Ermessen des Gerichtes gestellt.

Die bei der Ermessensausübung zu berücksichtigenden Umstände sind grundsätzlich dieselben wie bei § 732 Abs. 2. So ist auch hier insbesondere eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten des Antrages auf Gewährung von Vollstreckungsschutz durchzuführen. Zwar handelt es sich auch bei der Entscheidung auf diesen Antrag nicht um eine gebundene Entscheidung, sondern auch diese liegt im Ermessen des Gerichtes, doch wird dadurch eine summarische Entscheidung nicht vereitelt. Dies um so mehr, als die Grenzen der Ausübung des Ermessens in der Hauptsache - also dem Antrag auf Vollstreckungsschutz - durch objektive Umstände gezogen sind, die der Beurteilung im summarischen Verfahren offenstehen.

Andererseits ist Bedacht darauf zu legen, daß die Umstände, die für die Bemessung der Räumungsfrist bedeutsam sind, nicht in die Prüfung einfließen können, ob eine einstweilige Anordnung erlassen werden soll. Die Beurteilung dieser tatbestandlichen Voraussetzungen muß dem Verfahren über den Hauptantrag vorbehalten bleiben. Der Gesichtspunkt der sozialen Schutzwürdigkeit des Schuldners hat im summarischen Verfahren über die einstweilige Anordnung durch die Prüfung der Erfolgsaussicht des Hauptantrages hinreichend Berücksichtigung gefunden. Das Bedürfnis nach einer einstweiligen Anordnung muß sich danach aus anderen zu Gunsten des Schuldners sprechenden Umständen herleiten lassen.

Dieser Gedankengang entspricht den bislang angestellten Überlegungen zu § 732 Abs. 2, nach denen die starke Stellung des Gläubigers besondere Umstände auf Seiten des Schuldners für eine einstweilige Anordnung erfordert. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß diese Ergebnisse dem Grundgedanken des § 721, den Schuldner in einem Bereich zu schützen, in dem er ganz empfindlich in den Grundlagen seiner Existenz betroffen wird, nicht gerecht werden. Um einen wirksamen Schutz des Schuldners zu gewährleisten, muß somit der Gedanke des Vollstreckungsschutzes allein auch ausreichen, zu Gunsten des Schuldners eine einstweilige Anordnung zu erlassen. Daß daneben die Prüfung der Erfolgsaussicht des Hauptantrages notwendig bleibt, ist selbstverständlich, da bei fehlender Aussicht auf Erfolg der Gedanke des Vollstreckungsschutzes in bezug auf die einstweilige Anordnung nicht Platz greifen kann.

Dieses Vorgehen ist auch unter dem Blickwinkel der praktischen Auswirkungen sachgerecht. Denn würde bei Erfolgsaussicht des Hauptantrages eine einstweilige Anordnung abgelehnt, dann stellte sich der Schuldner nicht nur für die Zeit bis zur Entscheidung über den Hauptantrag schutzlos, weil in der Regel durch eine weitergehende Räumungsvollstreckung endgültige, nicht mehr veränderbare Zustände geschaffen würden, die einen Vollstreckungsschutz nach § 721 überhaupt unterlaufen würden. Eine befriedigende Abwägung der Parteirisiken und deren Absicherung läßt sich nur über den Inhalt der einstweiligen Anordnungen erreichen.

c) Die Verweisung in § 721 Abs. 4 Satz 4 auf § 732 Abs. 2 erfolgt damit nur hinsichtlich des Inhaltes möglicher einstweiliger Anordnungen, nicht aber auf

dessen ganzen Regelungsgehalt. Fraglich bleibt danach noch, ob eine solche Anordnung anfechtbar ist.

Eine Räumungsfrist entfaltet Wirkung dahin, daß sie die Vollstreckbarkeit eines Urteiles aufschiebt, d.h. einem an sich vollstreckbaren Urteil die Vollstreckungswirkungen nimmt. Damit rückt sie in die dogmatische Nähe der Vollstreckungsgegenklage, durch die ebenso nicht der verbriefte Anspruch in seinem materiell-rechtlichen Bestand angegriffen, sondern lediglich die Aufhebung der Vollstreckungswirkungen erstrebt wird, und damit über § 768 gleichzeitig in die des § 732 Abs. 1. Mit § 732 verbindet sie weiter die prozessuale Ausgestaltung als Beschlußverfahren. Daraus könnte man insgesamt den Schluß ziehen, auch bei Anordnungen nach § 721 Abs. 4 sei eine sofortige Beschwerde zulässig. Dem könnte auch nicht entgegengehalten werden, die Beschwerdeentscheidung könne die Entscheidung in der Hauptsache präjudizieren. Denn diese Präjudizierung könnte doch nur - zumindest aus verfahrensrechtlicher Sicht - von äußerst beschränkter Tragweite sein, da sie ohnehin nur den Aufschub der Vollstreckung betreffen würde. Auch ist die rechtliche Stellung des Gläubigers eine ähnlich starke wie bei § 732, da er die Durchsetzung seines Anspruches nur aus Gründen des sozialen Schutzes des Schuldners zurückstellen muß, die nicht einmal mehr den materiell-rechtlichen Regelungen des Mieterschutzes eigen sind.

Eine solche Lösung ließe jedoch auch hier die Intention des Gesetzgebers unberücksichtigt, dem Schuldner nicht einen wichtigen Bestandteil der Grundlage seines Daseins zu entziehen. Das materielle Recht des Gläubigers macht in seiner Durchsetzbarkeit Halt vor der so-

zialen Vernichtung des Schuldners und konkretisiert in gewisser Weise die sich aus Art. 14 Abs. 2 GG ergebende Sozialpflichtigkeit des Eigentums. Diese Unantastbarkeit eines existentiellen Grundbereiches des Schuldners, der der Disposition des Gläubigers trotz seiner materiellen Berechtigung entzogen ist, bedingt die Unanfechtbarkeit einer einstweiligen Anordnung.

Dies bedingt aber weiter nicht notwendig eine Beschwerdemöglichkeit für den Schuldner, sollte der Erlaß einer einstweiligen Anordnung abgelehnt worden sein. Der Ausschluß einer Anfechtungsmöglichkeit des Gläubigers gegen eine einstweilige Anordnung beruht letztlich auf dem Umstand, daß nach richterlicher Überprüfung der Frage, inwieweit dem Eigentum des Gläubigers im Rahmen der Sozialpflichtigkeit, Art. 14 Abs. 2 GG, Beschränkungen auferlegt sind, für eine Anfechtung unter Berücksichtigung des vorläufigen Charakters einer einstweiligen Anordnung kein Raum ist. Und dieser Gedanke trägt auch im vorliegenden Zusammenhang.

Es kann nämlich keinen Schutz des Schuldners um seiner selbst willen geben. Dies zeigt schon der Umstand, daß dem Schuldner lediglich eine Frist zur Räumung eingeräumt wird, diese also gerade nicht gänzlich ausgesetzt wird. Der soziale Schutz des Schuldners ist nach der gesetzlichen Regelung also gerade nicht so stark, daß er das Eigentumsrecht des Gläubigers vollkommen überspielen könnte.

Inwieweit das Eigentum des Gläubigers durch seine Sozialpflichtigkeit gebunden ist, ist von der Erfolgsaussicht des Vollstreckungsschutzantrages und damit auch von den persönlichen Verhältnissen der Mietver-

tragsparteien [329] abhängig. Dies hat das Gericht bei seiner Ermessensbildung, § 721 Abs. 4, zu berücksichtigen. Eine so zustande gekommene richterliche Entscheidung ist aber geeignet, der sozialen Schutzbedürftigkeit des Schuldners Rechnung zu tragen. Dies wird im Rahmen einer vorläufigen Entscheidung als ein ausreichender Rechtsschutz für den Schuldner anzusehen sein. Einer Anfechtungsmöglichkeit bedarf es mithin m.E. grundsätzlich nicht.

Wie bei § 707 Abs. 2 Satz 2 wird man jedoch dann eine Ausnahme machen müssen, wenn die Entscheidung des iudex a quo mit Ermessensfehlern behaftet ist. In diesen Fällen wird dem sozialen Schutzgedanken gerade nicht Rechnung getragen, die sofortige Beschwerde muß dann aber zulässig sein. Und zwar ohne daß der Schuldner glaubhaft zu machen hätte, daß ihm durch die Räumungsvollstreckung ein nicht zu ersetzender Nachteil entsteht. Dieses bei § 707 Abs. 2 Satz 2 zusätzlich aufgestellte Erfordernis wird hier durch den Einfluß sozialer Komponenten gleichsam unwiderleglich vermutet.

---

329) vgl. oben S. 177 bei und in Fußn. 327

III. Antrag auf Bewilligung einer Räumungsfrist bei der Zwangsvollstreckung aus einem Räumungsvergleich, § 794a ZPO

In § 794a ist eine dem § 721 entsprechende Regelung für die Gewährung einer Räumungsfrist bei der zwangsweisen Durchsetzung eines Räumungsvergleiches gegeben. Auch hier kann mit dem Antrag auf Einräumung einer Räumungsfrist ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung verbunden werden, § 794a Abs. 1 Satz 5. Das Gericht kann sich der nach § 732 Abs. 2 [330] zulässigen Anordnungen bedienen. Es ergeben sich insoweit keine Abweichungen zu § 721 Abs. 4 Satz 4.

Fraglich ist jedoch auch hier die Zulässigkeit der Anfechtung einstweiliger Anordnungen mit der sofortigen Beschwerde. Für die sonstigen Prozeßvergleiche wird die entsprechende Anwendbarkeit des § 707 mit der weiteren Folge der Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde im Rahmen der dort entwickelten Grundsätze [331] befürwortet werden. [332] Hiervon weicht schon die gesetzliche Regelung in § 794a Abs. 1 Satz 5 mit der Verweisung auf § 732 Abs. 2 ab. Diese Verschiedenartigkeit ist auch sachgerecht. Geht es dort um die Beseitigung des Prozeßvergleiches als der Grundlage der materiell-rechtlichen Beziehungen - insoweit kann auch für den Räumungsvergleich nichts anderes gelten -, so steht im vorliegenden Zusammenhang diese selbst nicht in Frage, sondern lediglich die Durchsetzung des im

330) oben S. 155 ff.

331) dazu oben S. 67 ff.

332) unten S. 283 ff.

Räumungsvergleich verbrieften Anspruches. Und dies auch nicht etwa aufgrund materiell-rechtlicher Einwendungen, vielmehr aus Gründen des übergeordneten öffentlichen Interesses an einem sozialen Schuldnerschutz.

Diese dogmatische Struktur des § 794a, die nicht auf den materiell-rechtlichen Anspruch abzielt, sondern die befristete Unzulässigkeit der Vollziehung des Räumungsvergleiches erreichen will, rückt ihn in die Nähe des § 732. Demnach ist die Verweisung auf § 732 Abs. 2 für einstweilige Anordnungen folgerichtig.

Dennoch kann die bei § 732 Abs. 2 befürwortete Anfechtbarkeit hier nicht Platz greifen. Ebenso wie bei § 721 [333] schneidet das überragende öffentliche Interesse, dem Schuldner für den erforderlichen Zeitraum einen besonders wichtigen Bestandteil seines Daseins zu erhalten, dem Gläubiger die Beschwerdemöglichkeit gegenüber einstweiligen Anordnungen ab. [334]

Diese Schuldnerschutzklausel ist jedoch nicht nur im öffentlichen, sondern auch im Interesse des Einzelnen erlassen worden. Deshalb wird man dem Räumungsschuldner

---

333) oben S. 181 f.

334) im Ergebnis ebenso Stein-Jonas-Münzberg § 794a III 4; vgl. auch OLG Celle MDR 68, 333 = DGVZ 794 = JurBüro 166 = Nds.RPfl. 15 = RPfleger 97, allerdings für Anordnungen nach § 765a und unter dem m.E. unzutreffenden Hinweis, auch in den rechtsähnlichen Fällen des § 766 Abs. 1 Satz 2 sei § 707 Abs. 2 Satz 2 entsprechend anwendbar, vgl. dazu insbesondere oben S. 160 ff.. Abweichend OLG Köln DGVZ 68, 75 = JMBl.NRW 9 = ZMR 192, das - allerdings auch für Anordnungen nach § 765a - die Anfechtbarkeit dann befürwortet, wenn durch die Anordnung praktisch die Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen wird.

gegen einen eine einstweilige Anordnung ablehnenden Beschluß die sofortige Beschwerde zubilligen müssen, wenn dieser ermessensfehlerhaft zustande gekommen ist. Im übrigen ist auch hier infolge der gleichartigen Interessenlage mit § 721 Abs. 4 die grundsätzliche Unzulässigkeit einer Anfechtung des ablehnenden Beschlusses festzustellen.[335]

335) zu § 721 Abs. 4 vgl. oben S. 182 f.

4. Kapitel Einstweilige Anordnungen nach den §§ 769, 770 ZPO

§ 8 Die unmittelbare Anwendung von § 769 ZPO

I. Die Vollstreckungsgegenklage nach den §§ 767, 768 ZPO

a) Die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ist eine prozessuale Gestaltungsklage, [336] die dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet, den materiell-rechtlichen Bestand des dem zumeist rechtskräftigen [337] Titel zugrunde liegenden Anspruches anzugreifen. Zulässig sind materiell-rechtliche Einwendungen jeglicher Art, jedoch zeitlich begrenzt auf solche, die erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung entstanden sind, § 767 Abs. 2. Diese Beschränkung hat ihren Grund im untrennbaren Zusammenhang des zeitlichen Entstehens der Einwendungen mit der Rechtskraft und der Rechtssicherheit, [338] weil das rechtskräftige Urteil den

---

336) Stein-Jonas-Münzberg § 767 I 1; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 1 A; Thomas-Putzo 1; Blomeyer, A., Rechtskraft- und Gestaltungswirkung der Urteile im Prozeß auf Vollstreckungsgegenklage und Drittwiderspruchsklage, AcP 165, 481 ff.; Böttticher, Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, FS Dölle 1963, 41, 59; Henckel, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174, 97, 109; Gilles ZZP 83, 61 ff.

337) Auch die der Rechtskraft nicht fähigen Vollstrekkungstitel Prozeßvergleich und vollstreckbare Urkunde können mit der Vollstreckungsgegenklage angegangen werden, allerdings ohne die Beschränkung des § 767 Abs. 2; vgl. etwa § 797 Abs. 4. Für noch nicht rechtskräftige Titel vgl. unten Fußn. 343.

338) BGH LM § 767 ZPO Nr. 4; Stein-Jonas-Münzberg § 795 II 5; Thomas-Putzo § 767 Anm. 6c

Rechtsstreit für die Parteien verbindlich entscheidet, unabhängig davon, ob noch Einwendungen nach der materiellen Rechtslage bestanden haben, die gleichwohl nicht in den Prozeß eingeführt worden sind.

Die Vollstreckungsgegenklage führt nicht zu einer Aufhebung des Urteiles, sondern nur zur Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus diesem Titel, d.h. ihm werden lediglich die Vollstreckungswirkungen genommen.[339]

Die beschränkte Vollstreckungsgegenklage nach § 768[340] ist gleichfalls eine prozessuale Gestaltungsklage.[341] Sie erfaßt die Fälle, in denen die Erteilung der Vollstreckungsklausel eines besonderen Nachweises bedarf, und dient dem Schuldner als Rechtsbehelf, mit dem er den Einwand geltend machen kann, die materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel lägen trotz prozessual ordnungsgemäßem Nachweis nicht vor.[342] Diese materiell-recht-

---

339) Stein-Jonas-Münzberg § 767 I 2; Wieczorek B II; Thomas-Putzo 2; dem Urteil wird die Vollstreckungswirkung aber nicht hinsichtlich der Kostenentscheidung genommen, Stein-Jonas-Münzberg a.a.O., da diese bestehen bleiben und auch weiterhein Grundlage für einen Kostenfestsetzungsbeschluß sein muß, RGZ 75, 200; KG JR 52, 241; LG Hamburg NJW 61, 1729; Stein-Jonas-Leipold § 103 Rdnr. 7, ansonsten der Schuldner sich stets durch nachträgliche Bewirkung der Leistung seiner Kostenerstattungspflicht aus dem Urteil entziehen könnte.

340) Stein-Jonas-Münzberg § 768 I

341) zum Verhältnis der Erinnerung nach § 732 und der Vollstreckungsgegenklage nach § 768 sowie ihrer Überschneidungen siehe Stein-Jonas-Münzberg § 732 Rdnr. 3, 6; Wieczorek A Ia; A Ia 2; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 1; Zöller-Scherübl II 1

342) Der Vollstreckungsgegenkläger trägt somit vor: die Bedingung sei nicht eingetreten; der durch die Klausel Beschwerte sei nicht Rechtsnachfolger, Nieß-

lichen Einwendungen betreffen einmal die Zulässigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel, zum anderen auch die materiell-rechtliche Frage, inwieweit der Dritte Schuldner oder Gläubiger geworden ist. Dem trägt die Alternativität der Rechtsbehelfe in § 768 a.E. Rechnung.

Mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 geht der Schuldner gegen ein vorläufig vollstreckbares [343] oder rechtskräftiges Urteil vor, ohne allerdings dessen Aufhebung zu erstreben. Er beabsichtigt lediglich, dem Titel seine Vollstreckungswirkungen zu nehmen. Es ergeht zwar eine Entscheidung über den materiellen Anspruch, [344] doch bleibt der Titel bestehen, er verliert nur

---

braucher oder Testamentsvollstrecker geworden; es sei überhaupt keine Gütergemeinschaft eingetreten; zwar sei er Rechtsnachfolger geworden, er habe aber gemäß §§ 727 Abs. 1, 325 Abs. 2 gutgläubig erworben.

343) In diesen Fällen, in denen das Urteil noch nicht formell rechtskräftig geworden ist, wird in Rechtsprechung und Literatur überwiegend die Auffassung vertreten, es sei sowohl eine Berufung (da der Schuldner mit diesen neu entstandenen Einwendungen im Berufungsverfahren nicht ausgeschlossen ist, § 527 f.) als auch die Vollstreckungsgegenklage zulässig, RG JW 98, 139; RGZ 40, 354; Hans.OLG Hamburg SeuffA 47, 114; OLG Dresden Rspr. 5, 127; Stein-Jonas-Münzberg § 767 II 3; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4 C; Thomas-Putzo 5b; Zöller-Scherübl I; Blomeyer II § 33 VIII 6b; Baumann § 13 III 2a β; Rosenberg § 183 III 2a β; Münzberg, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.5.1973 - II R 22/72, ZZP 87, 449, 451.

344) ebenso Gilles ZZP 83, 61, 81 f. mit ausführlicher Begründung; a.A. etwa RGZ 75, 199, 201; 100, 98, 100; 165, 374, 380; BGH NJW 60, 2287; Stein-Jonas-Münzberg § 767 I 1; Zöller-Scherübl I; Thomas-Putzo 2a; nicht eindeutig Schönke-Baur § 43 I 2; Lent-Jauernig § 12 I; Bruns-Peters § 14 II, die lediglich ausführen, dem Titel solle seine Vollstreckbarkeit vollständig genommen werden, was unzweifelhaft richtig ist.

seine Durchsetzbarkeit. Da die Erhebung der Vollstrek=kungsgegenklage die Vollziehbarkeit des Titels nicht hemmt, sind gemäß § 769 einstweilige Anordnungen zuläs=sig.

Von dieser dogmatischen Einordnung weicht die be=schränkte Vollstreckungsgegenklage des § 768 in mehr=facher Hinsicht ab. Zwar werden auch hier sachliche Einwendungen geltend gemacht, doch entspringen diese nicht notwendig dem ursprünglichen, dem Titel zugrunde liegenden materiellen Grundverhältnis, sondern können etwa im fraglichen Eintritt eines Dritten in dieses be=gründet liegen. V.a. wird aber in allen Fällen nicht gegen den Bestand des "eigentlichen" Anspruches vor=gegangen, der unberührt bleibt, sondern nur gegen des=sen Durchsetzung im jetzigen Zeitpunkt bzw. gegen den Vollstreckungsgegenkläger. Daran läßt sich erkennen, daß die Vollstreckungsgegenklagen nach §§ 767, 768 nicht einer dogmatisch einheitlichen Fallgruppe zuzu=ordnen sind. Dies läßt sich im übrigen auch aus den Unterschieden hinsichtlich des Klagezieles ableiten: Wird mit der Klage nach § 767 die Unzulässigkeit der Vollstreckung aus dem Titel geltend gemacht, so ist § 768 lediglich auf die Feststellung der Unzulässig=keit der Vollstreckung aus der Klausel gerichtet.[345] Dies gilt auch für § 726 Abs. 1, da auch insoweit Voraussetzung für den Beginn der Zwangsvollstreckung nur der Titel und die erteilte qualifizierte Vollstrek=kungsklausel ist, nicht aber notwendig das Bestehen des verbrieften materiell-rechtlichen Anspruches.

b) Wie alle einstweiligen Anordnungen im Vollstrek=kungsrecht stehen auch diejenigen nach § 769 im freien,

---

345) zur Tenorierung vgl. etwa Zöller-Scherübl § 768 II

pflichtgemäßen Ermessen des - hier zuständigen - Prozeßgerichtes erster Instanz. Auch bei § 769 kann sich die Ausübung des Ermessens aber nur innerhalb der durch die gesetzlichen Interessenwertungen gezogenen Grenzen bewegen. Diese gilt es zunächst darzustellen. Es wird auch insoweit zwischen den Vollstreckungsgegenklagen nach § 767 bzw. § 768 zu trennen sein.

(1) Bei § 767 ist die Stellung des Gläubigers nach der gesetzlichen Regelung gegenüber derjenigen in den §§ 707, 719 verstärkt. Denn die dort erfaßten Rechtsbehelfe des Schuldners verfolgen ein weitreichenderes Ziel. Diese beabsichtigen die Aufhebung einer Entscheidung über den materiell-rechtlichen Anspruch, weil in ihr die Rechtslage verkannt worden sei. Anders werden bei § 767, falls ein Urteil ergangen ist, keine Einwendungen gegen die materiell-rechtliche Richtigkeit der Entscheidung im Zeitpunkt ihres Ergehens geltend gemacht, sondern nur, daß zwischenzeitlich Umstände eingetreten seien, die eine andere rechtliche Beurteilung erforderten. Dem Gläubiger steht die Rechtskraft des Urteils - die hier auch keine Durchbrechung erfahren soll [346] - zur Seite, auf die er grundsätzlich vertrauen kann, und die ihn zur Vollstreckung ermächtigt, § 704 Abs. 1. [347]

---

346) anders als z.B. bei den Wiederaufnahmeklagen nach §§ 578 ff.

347) Dieser Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes kann aber nicht Platz greifen, wenn das Urteil noch nicht rechtskräftig, gleichwohl aber die Vollstreckungsgegenklage statt einer Berufung zulässig ist, vgl. dazu oben Fußn. 343. Dann entspricht die Interessenlage derjenigen bei § 719 Abs. 1, dazu oben S. 89 ff..

Allerdings wird seine Stellung vom Schuldner auf der materiell-rechtlichen Ebene mit Einwendungen gegen den im Titel verbrieften Anspruch selbst angegriffen. Auch insofern unterscheidet sich die Vollstreckungsgegen= klage von der Erinnerung nach § 732, die sich ledig= lich mit dem formalen Bereich der Zulässigkeit der Klausel befaßt. Daraus folgt auch eine Graduierung in der Gewichtung der widerstreitenden Interessen, die dem Gläubiger gegenüber den §§ 707, 719 eine stärkere, gegenüber § 732 aber eine schwächere Position unter der grundsätzlichen Wahrung des Vorranges der Gläu= bigerinteressen einräumt.

Innerhalb der durch diese Einordnung gezogenen Gren= zen hat sich die Ermessensausübung durch das Gericht zu halten. D.h. konkret, daß an die Erfordernisse, die eine einstweilige Anordnung bereits im Grundsatz als gerechtfertigt erscheinen lassen, gegenüber den §§ 707, 719 strengere, gegenüber § 732 geringere Anforderungen zu stellen sind. Allein diejenigen Umstände, die bei den §§ 707, 719 den Erlaß einer einstweiligen Anord= nung rechtfertigen, führen noch nicht zu einer solchen bei § 769. Es bedarf zusätzlicher Momente. Demgegen= über führen die Gesichtspunkte, die eine Entscheidung nach § 732 Abs. 2 als gerechtfertigt erscheinen lassen, in jedem Falle auch zu einer einstweiligen Anordnung nach § 769.

Daraus folgt zunächst, daß die bei den §§ 707, 719 erforderlichen Überlegungen auch bei der Interessenab= wägung nach § 769 zu beachten sind. [348] Darüber hinaus kann vornehmlich auch der bei § 732 Abs. 2 erörterte

348) vgl. dazu oben S. 32 ff.; insbesondere also die Frage nach der Erfolgsaussicht der Vollstreckungs= gegenklage.

Gesichtspunkt der Intensität des Eingriffs und der Schwere eines dem Schuldner durch die Vollstreckung evt. erwachsenden Schadens hier Berücksichtigung finden, wobei allerdings bereits eine sich weniger intensiv auswirkende Benachteiligung als die, die bei § 732 Abs. 2 gefordert worden ist, eine einstweilige Anordnung rechtfertigen wird. Daß die Berücksichtigung solcher Anhaltspunkte bei § 769 zulässig ist, zeigt ein Vergleich mit § 707: spielen dort die nachteiligen Folgen einer fortdauernden Vollstreckung für den Schuldner nur im Rahmen der Ermessensausübung hinsichtlich des Inhaltes der erforderlichen Anordnung eine Rolle, § 707 Abs. 1 Satz 2, so enthält § 769 diese Einschränkung nicht.

Die gegenüber den §§ 707, 719 verdichteten Gläubigerinteressen machen es jedoch erforderlich, diesen Umständen schon bei der Frage, ob überhaupt eine einstweilige Anordnung erlassen werden soll, erschwerend Bedeutung zu verschaffen. Diesen Überlegungen entspricht auch die gesetzliche Regelung in § 719 Abs. 2, wenn die Entscheidung über die einstweilige Einstellung zwar nicht mehr in das Ermessen des Revisionsgerichtes gestellt wird, [349] aber doch ein für den Schuldner nicht zu ersetzender Nachteil tatbestandlich umschriebene Voraussetzung ist.

Dieses Ergebnis gründet sich auf die folgenden Überlegungen. Im Rahmen des § 707 sind beim Erlaß einstweiliger Anordnungen gedanklich zwei Ebenen zu unterscheiden: nämlich einmal, unter welchen Voraussetzungen

---

349) oben S. 92 ff., insbesondere S. 95

eine solche vorläufige Maßnahme überhaupt angeordnet werden soll, und zum anderen, wie sie inhaltlich ausgestaltet wird. Dabei findet bei der Frage, ob eine einstweilige Anordnung erlassen werden soll, der beim Schuldner konkret entstehende Nachteil (noch) keine Berücksichtigung. [350] Führen die erörterten Gesichtspunkte [351] im Rahmen der Ermessensbildung zum Erfordernis einer einstweiligen Anordnung, so kann nach der hier vertretenen Auffassung ihr Erlaß nicht aufgrund der Berücksichtigung der konkret entstehenden Nachteile abgelehnt werden. Diese erlangen grundsätzlich erst bei der Festlegung des Inhaltes der Anordnung Bedeutung. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn sich eine einstweilige Anordnung überhaupt als unverhältnismäßig darstellen würde, weil die Vollstreckung nur so geringe Auswirkungen auf die Sphäre des Schuldners zeitigen würde, daß diese aufgrund der Interessenabwägung vernachlässigt werden können. [352]

Findet somit bei § 707 der dem Schuldner konkret entstehende Nachteil bei der Abwägung, ob etwa die Zwangsvollstreckung einstweilen einzustellen ist, grundsätzlich keine Berücksichtigung, so stellt das Erfordernis bei § 769, daß sich die weitere Vollstreckung nachteilig auf die Stellung des Schuldners auswirken muß, dann eine Reduzierung der Möglichkeiten des Schuldners dar, zu einer einstweiligen Anordnung zu kommen,

---

350) nicht eindeutig OLG Köln MDR 75, 850 = Betr. 1699 = JurBüro 1111 = BB 1133 (L); OLG Frankfurt NJW 76, 2137 f., bei denen nicht klar zum Ausdruck kommt, in welchem Rahmen eine konkrete Interessenabwägung durchgeführt werden soll.

351) dazu oben S. 40 ff.

352) zum Ganzen ausführlich oben S. 62 f.

wenn die Opfergrenze des Schuldners gegenüber § 707 heraufgesetzt wird. D.h. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird hier ein weiteres Element beigegeben. Sind bei § 707 in dessen Rahmen nur die Auswirkungen der Vollstreckung auf den Rechtskreis des Schuldners zu beachten, ohne daß auf eine abstrakte Sicht der Belastung abzustellen wäre, so muß dieser Gesichtspunkt bei § 769 Bedeutung erlangen. Stellen sich die Beschränkungen des Schuldners aufgrund einer abstrakten Betrachtungsweise als geringfügig dar, so wird der Erlaß einer einstweiligen Anordnung zu versagen sein. Ist der Schuldner danach schutzwürdig im Sinne einer einstweiligen Anordnung, dann erfährt das Verhältnis der wechselseitigen Belastungen des Gläubigers bzw. des Schuldners seinen Ausgleich über die letztlich angeordnete Maßnahme.

(2) Wieder anders stellt sich hingegen die Interessenlage bei § 768 dar. Hier wird zwar auch die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, doch nicht deshalb, weil materiell-rechtliche Einwendungen gegen den verbrieften Anspruch selbst bestünden, sondern nur, weil solche gegen die Klausel erhoben wurden. Und diese Einwendungen ergeben sich bei § 768 - mit Ausnahme der Bedingung in § 726 Abs. 1 - auch nicht aus dem Titel selbst, vielmehr allein daraus, daß die Voraussetzungen für die Titelergänzung bzw. -umschreibung [353] nicht vorliegen, weil entweder die Bedingung nicht eingetreten ist oder eine Rechtsnachfolge etc. nicht stattgefunden hat. Für diese Konstellation, die bei § 732 mit der gleichen Problematik auftritt, wurde dort eine von

353) dazu Schönke-Baur § 15

den §§ 707, 719 unterschiedliche Interessenwertung angenommen. Gleiches hat aber auch im Rahmen des § 769 zu gelten.

Daraus ergibt sich für die Vollstreckungsgegenklage nach § 768 in bezug auf die Interessen des Gläubigers ein Übergewicht über diejenigen des Schuldners. Dieses ist m.E. aber auch stärker als bei einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767, weil bei § 768 der materiellrechtliche Anspruch überhaupt nicht in Streit steht, der Gläubiger somit weiter auf die Zulässigkeit der zwangsweisen Durchsetzung des verbrieften Anspruches vertrauen darf. Die Folge hieraus sind erhöhte Anforderungen an die Voraussetzungen, die im Rahmen der Ermessensausübung zu beachten sind, und die eine einstweilige Anordnung gerechtfertigt erscheinen lassen. Wegen der sachlich gleichen Regelung in den §§ 732, 768 kann hinsichtlich dieser Voraussetzungen bei § 768 nichts anderes gelten als bei § 732. [354]

c) Die so verstandenen gesetzlichen Interessenwertungen müssen sich bei folgerichtiger Fortführung auch in den vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten einstweiligen Anordnungen niederschlagen. Und diese unterscheiden sich dem Wortlaute nach in § 769 hinsichtlich ihres Inhaltes von den Anordnungen nach den §§ 707, 732 Abs. 2. Nach meiner Auffassung ist dies der beredte Ausdruck der den einzelnen Regelungen zugrunde liegenden Interessenkonstellationen.

Selbstverständlich ist, daß dies nicht für die Anordnung einer einstweiligen Einstellung gegen Sicherheits-

---

354) oben S. 152 ff.

leistung bzw. einer weiteren Fortführung der Vollstrek=kung nur gegen Sicherheitsleistung oder gegen eine er=höhte Sicherheit gelten kann. Denn diese Maßnahmen sind auch in den §§ 707, 732 Abs. 2 vorgesehen. In diesen Fällen spiegelt sich das Gewicht der Gläubigerinteres=sen nicht konkret in den getroffenen Anordnungen wi=der, insbesondere nicht in der Höhe der zu leistenden Sicherheit, da sich diese nicht an der Gewichtung der (nicht in Geldwert auszudrückenden) Interessen, son=dern an der Höhe des konkret abzudeckenden Risikos ausrichtet. [355]

Hinweise auf eine durch die verschiedenartige Inte=ressenbewertung bedingte Differenzierung bietet jedoch die Möglichkeit der einstweiligen Einstellung ohne Sicherheitsleistung wie auch der Aufhebung bereits durchgeführter Vollstreckungsmaßnahmen. Denn die Zu=lässigkeit dieser Anordnungen ist unterschiedlich ge=regelt. Und gerade diese Unterschiede spiegeln die Verschiedenartigkeit der Interessengewichtung wider, wie sie hier vertreten wird.

Dies sei zunächst am Beispiel einer einstweiligen Einstellung ohne Sicherheitsleistung durch den Schuld=ner aufgezeigt. Eine solche Maßnahme kann auch nach § 707 Abs. 1 Satz 2 nur angeordnet werden, wenn der Schuldner sein mangelndes Leistungsvermögen sowie einen ihm durch die Vollstreckung drohenden, nicht zu er=setzenden Nachteil glaubhaft macht. Bei den §§ 732 Abs. 2, 769 dagegen bedarf es einer Glaubhaftmachung solcher Umstände nicht. Daraus jedoch den Schluß zu

355) Thomas-Putzo § 108 Anm. 4; vor § 708 Anm. 4; Stein-Jonas-Münzberg § 709 Rdnr. 3; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 2; Zöller-Scherübl 2; Wieczorek § 710 A IIb

ziehen, bei den §§ 732 Abs. 2, 769 könne eine einst=weilige Einstellung der Vollstreckung ohne Sicherheits=leistung leichter erlangt werden, würde zu einer Ver=zerrung in der Betrachtung führen. Denn nach den vor=hergehenden Ausführungen ist Anknüpfungspunkt, daß bei § 707 eine Beurteilung der entstehenden Nachteile auf die Rechtsfolgenebene verlagert ist, während sie bei den §§ 732 Abs. 2, 769 Teil der Ermessensausübung auf der Tatbestandsseite ist, also im Bereich der Frage angesiedelt ist, ob überhaupt eine einstweilige An=ordnung erlassen werden soll. Konsequenz aus dieser Auffassung ist, daß der Schuldner eine einstweilige Einstellung ohne Sicherheitsleistung bei den §§ 732 Abs. 2, 769 deshalb weniger leicht erreichen kann, weil bei abstrakter Geringfügigkeit des drohenden unersetzbaren Nachteiles eine Einstellung unter Preisgabe der Gläubigerinteressen aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit überhaupt scheitern müßte.[356] Dadurch wird insgesamt die Position des Gläubigers weniger angreifbar. Durch die Vorwegnahme der Prüfung dieser Umstände und Verlagerung auf die Tatbestands=ebene wird die erneute Beurteilung auf der Rechtsfol=genseite entbehrlich. Bei der Prüfung der Frage, welche Anordnungen getroffen werden sollen, ist le=diglich die Schwere des Eingriffs zu berücksichtigen.

Gleiches ergibt sich aus der differenzierten Zulas=sung einer Anordnung, die bereits durchgeführte Voll=streckungsmaßnahmen gegen Sicherheitsleistung aufhebt.

---

356) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zwar auch bei § 707 zu beachten, Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 11, 14; § 719 Rdnr. 11, doch ist die Verhältnismäßigkeit jeweils auf unterschied=lichen Wegen festzustellen, vgl. oben S. 62 f., 194 f..

Wird diese zwar bei den §§ 707, 769 zugelassen, so trägt doch ihre Versagung in § 732 Abs. 2 der dort noch weitergehend verfestigten Position des Gläubigers Rechnung.[357]

Nicht in diese Systematik eingliedern läßt sich allerdings der Umstand, daß der Gesetzgeber den § 769 sowohl bei der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 als auch nach § 768 für anwendbar erklärt, obwohl beiden unterschiedliche Interessenwertungen zugrunde liegen. Dies würde eigentlich auch eine Unterscheidung im Bereich der einstweiligen Anordnungen im Sinne einer Angleichung an § 732 Abs. 2 im Rahmen des § 768 nahelegen.

Die geltende gesetzliche Regelung kann m.E. nur dadurch erklärt werden, daß der Gesetzgeber hier dogmatische Erwägungen vor Interessengesichtspunkte gesetzt hat, weil er deren Verschiedenartigkeit nicht erkannt hat. Daß diese Regelung der aufgezeigten Systematik fremd ist, zeigt sich auch an der Überlegung, daß es eigentlich nicht zu rechtfertigen ist, wenn der Schuldner bei gleicher Sachlage lediglich deshalb Einbußen an Rechten erleidet, die ihm aus seiner Stellung erwachsen, weil sich die verfahrensrechtliche Ausgestaltung unterschiedlich darstellt, je nachdem, ob er den Weg der Erinnerung nach § 732 oder den der Vollstrekkungsgegenklage nach § 768 beschreitet, die gemäß § 768 a.E. alternativ zulässig sind.

Dieses Ergebnis spricht jedoch nicht gegen den hier

---

357) siehe oben S. 157 ff.

gewählten Ausgangspunkt einer abstrakten Differenzierung der den gesetzlichen Regelungen zugrunde liegenden Parteiinteressen und deren Darstellung für § 768. Jede gesetzliche Regelung ist dazu berufen, den Rechtsstreit der Parteien auch einer verfahrensrechtlich interessengerechten Regelung zuzuführen. Deshalb sind deren abstrakte Interessen samt deren Bewertung zunächst zu hinterfragen. An Hand dieser Untersuchung ist dann weiter zu fragen, ob die Folgerungen sachgerecht sind, die das Gesetz durch die verfahrensrechtliche Normierung gezogen hat. Es scheint mir auch weiter interessengerecht zu sein, das Vertrauen in die weitere Durchsetzbarkeit des verbrieften Anspruches auf Seiten des Gläubigers dann stärker zu schützen, wenn lediglich die Zulässigkeit der Klausel in Streit steht, als wenn geltend gemacht wird, der Gläubiger dürfe überhaupt keine Vollstreckung mehr auf den Titel stützen.

Sicher kann man der Benachteiligung, die sich aus der Verschiedenartigkeit der gesetzlichen Regelung in § 732 bzw. § 768 ergibt, auch durch eine Angleichung des § 732 Abs. 2 an § 769 begegnen, doch verbietet sich das nach dem hier gewählten Ausgangspunkt einer differenzierten Betrachtung, die auf den unterschiedlichen Interessengestaltungen aufbaut. Die entwickelten Überlegungen zu einer Systematisierung der gesetzlichen Regelungen, ausgehend von den jeweiligen Interessenlagen, lassen sich somit nicht mit einem Hinweis auf § 768 widerlegen, der sich in diese Systematik nicht einfügt.

Dem Wortlaute des § 769 nach wird auch für die Vollstreckungsgegenklage nach § 768 die Aufhebung bereits

vollzogener Vollstreckungsmaßregeln zugelassen. Im Vergleich zu § 732 Abs. 2 stellt dies schon wegen der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Anordnungen den entscheidenden systematischen Bruch dar. Im Rahmen der Ausübung des gerichtlichen Ermessens werden aber bei § 768 einstweilige Anordnungen mit solchen Inhalten auszuscheiden sein.

Im übrigen sind hier die gleichen Maßnahmen wie bei den §§ 707, 732 Abs. 2 zulässig. Insbesondere hat auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu gelten, so daß alle Anordnungen zulässig sind, die bei gleichem Nutzeffekt einen geringeren Eingriff in die Stellung des Gläubigers zeitigen.

d) Rechtsmittel - (1) Die Anfechtbarkeit einer einstweiligen Anordnung des Prozeßgerichtes erster Instanz, § 769 Abs. 1 ZPO - aa) Die Anfechtbarkeit von einstweiligen Anordnungen, die nach § 769 Abs. 1 vom Prozeßgericht erlassen wurden, ist heftig umstritten. In unzähligen Entscheidungen mußten sich die Gerichte mit dieser Problematik befassen. Anders als bei der Beurteilung dieser Frage im Rahmen des § 732 Abs. 2, für den die fast einmütige Auffassung die entsprechende Anwendung des § 707 Abs. 2 Satz 2 bejaht, [358] gehen hier die Fronten quer durch Rechtsprechung und Literatur. [359]

---

358) oben S. 160 ff.

359) eine entsprechende Anwendung der zu § 707 Abs. 2 Satz 2 entwickelten Grundsätze bejahen in neuerer Zeit etwa OLG Karlsruhe MDR 74, 407; OLG Hamm NJW 75, 1932; OLG Celle JurBüro 78, 128 f.; Stein-Jonas-Münzberg § 769 IV 1; Zöller-Scherübl (11) 4; Wieczorek C; Schönke-Baur § 43 IV 6d; Baur Fälle,

Für die entsprechende Anwendung des § 707 Abs. 2 Satz 2 bei § 769 werden im wesentlichen dieselben Gesichtspunkte vorgetragen wie bei § 732 Abs. 2. So wird auch hier der gesetzessystematische Zusammenhang betont [360] und herausgestellt, die Gefahr einer Präjudizierung der Entscheidung des iudex a quo in der Hauptsache durch das Beschwerdegericht müsse vermieden werden. [361] Auch müsse die Entscheidung für den iudex a quo abänderbar bleiben, und ebenso verbiete der Sicherungscharakter wie die vorübergehende Rechtsnatur die Anfechtbarkeit. [362] Wenn jedoch weiter ausgeführt wird, [363] die Anfechtbarkeit von Entscheidungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes besage für die hier anstehende Problematik nichts, weil die dortigen

---

Fall 11 S. 57; Bruns-Peters § 14 III 7; Blomeyer II § 33 V 6a; Mohrbutter, Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, 2.Aufl. 1974, § 9 IX 3; Messer, Die Anfechtung einstweiliger Anordnungen in der Zwangsvollstreckung - OLG Köln NJW 68, 2342, JuS 69, 116 ff.; für eine uneingeschränkte Zulassung der sofortigen Beschwerde siehe etwa OLG Bamberg JurBüro 74, 508; OLG Celle MDR 72, 699; Hans.OLG Hamburg JurBüro 77, 1460; OLG München AnwBl. 74, 80; JurBüro 78, 130, 131; Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 769 Anm. 3; Thomas-Putzo 7a; Baumann § 13 I 3a; Fleischmann-Mein DRiZ 58, 312; Teubner, Die Anfechtbarkeit von Entscheidungen nach § 769 I ZPO, NJW 74, 301; Dunz, Anmerkung zum Beschluß des OLG Braunschweig vom 22.11.1957 - 2 W 68/57, JZ 58, 667 f.; noch anders Zöller-Scherübl (12) § 769 IV, die meinen, beide Auffassungen würden im Gesetz keine Stütze finden, und lediglich darauf hinweisen, daß das Beschwerdegericht den Ermessensspielraum des Prozeßgerichtes zu beachten hat.

360) Hans.OLG Hamburg JurBüro 77, 1460

361) Hahn Materialien I 436 f.

362) Hans.OLG Hamburg a.a.O.

363) Hans.OLG Hamburg a.a.O.

Entscheidungen in einem vom Hauptverfahren getrennten Verfahren ergehen würden, hier jedoch in demselben, so ist dies nur eingeschränkt richtig. Denn auch hier besteht eine verfahrensrechtliche Trennung zwischen dem Verfahren in der Hauptsache und dem auf Erlangung einer einstweiligen Anordnung. Wenn auch die einstweilige Anordnung vom Prozeßgericht der Hauptsache erlassen wird, so kann doch kein Zweifel daran bestehen, daß sie zwar anläßlich des Verfahrens in der Hauptsache ergeht, jedoch ausschließlich eine Nebenentscheidung darstellt. Diese ist weiter in entscheidenden Teilen von der Entscheidung in der Hauptsache abhängig, folgt aber gleichwohl eigenen Gesetzen und ist aufgrund eines rechtlich anders ausgestalteten Verfahrens zu gewinnen (z.B. Glaubhaftmachung, § 769 Abs. 1 Satz 2).

Im übrigen entsprechen die aufgeführten Begründungen den bei § 732 Abs. 2 angestellten Überlegungen. Darauf kann verwiesen werden, ebenso auf die daran geäußerte Kritik.[364] Auch ist bei den Vertretern einer entsprechenden Anwendung des § 707 Abs. 2 Satz 2 auffallend, daß der Eindruck hervorgerufen wird, die insoweit den gesetzlichen Regelungen zugrunde liegenden Interessenlagen forderten ihrer Gleichartigkeit wegen geradezu diesen Analogieschluß,[365] ohne daß diese Übereinstimmung aber jemals näher dargelegt wird.[366]

Auch in diesem Zusammenhang scheint die Gesetzgebung in die Richtung der Unanfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen zu gehen, wenngleich dies noch nicht in

---

364) oben S. 160 ff.

365) Stein-Jonas-Münzberg a.a.O.; Baur Fälle a.a.O.

366) eine solche behauptete Übereinstimmung liegt m.E. auch nicht vor, oben S. 187 ff.

die Vereinfachungsnovelle übernommen worden ist. [367]

Es soll hier darauf verzichtet werden, eine Kritik der angesprochenen Gesichtspunkte zu liefern, die für oder wider eine Anfechtbarkeit angeführt werden, und sie auf ihre Tragfähigkeit zu untersuchen. Dies könnte keine neuen Erkenntnisse erbringen. Demgegenüber soll versucht werden, in Fortführung der Überlegungen, die die den verschiedenen gesetzlichen Regelungen zugrunde liegenden Interessenkonflikte zum Ausgangspunkt für bestimmte Erklärungsversuche der einzelnen Normen wie auch ihrer Wirkungen haben, zu überprüfen, inwieweit eine Abweichung von § 707 Abs. 2 Satz 2 oder aber eine Gleichbehandlung zu fordern ist.

bb) Auszugehen ist deshalb von der schon gefundenen Erkenntnis, daß den Vollstreckungsgegenklagen grundsätzlich ein die Stellung des Gläubigers stärker schützender Charakter eigen ist als den den §§ 707, 719 zugrunde liegenden Fallgruppen. Zeichnet sich dies bereits aus der verschiedenartigen dogmatischen Struktur ab, wenn der Schuldner in ein weiteres Verfahren verwiesen wird und dort auch nicht die Aufhebung des

---

367) Aufbauend auf dem Kommissionsbericht S. 173, 264 regelte der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung von 1970 den Ausschluß der Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen, BTDrucksache VI/790 zu Nr. 103, S. 13, weil durch die Anfechtung eine Verzögerung des Verfahrens in der Hauptsache eintreten könne, andererseits aber durch deren Ausschluß der Rechtsschutz des Gläubigers nicht dauernd ausgeschlossen werde, 2.Teil B III 1c, S. 31. In die Vereinfachungsnovelle wurde diese Regelung nicht übernommen, weil nur die vordringendsten Probleme einer Lösung zugeführt werden sollten, BTDrucksache 7/2729 S. 31.

Titels, sondern lediglich dessen Beschneidung hinsichtlich der Vollstreckbarkeit erreichen kann, und setzt sich dies in einer Differenzierung der möglichen Anordnungen fort, so fragt sich doch, ob der Vorzugsstellung des Gläubigers dadurch bereits Genüge getan ist, oder ob diese weitere Folgerungen in Form der Zulassung der Anfechtung einstweiliger Anordnungen durch den Gläubiger fordert.

Wie bereits dargelegt worden ist, sind bei der Ausübung des Ermessens hinsichtlich der Frage, ob eine einstweilige Anordnung erlassen werden soll, neben anderen Gesichtspunkten die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Dies bedeutet konkret, daß - im Gegensatz zu § 707 - bereits auf der Tatbestandsebene zu fragen ist, welcher Nachteil dem Schuldner erwächst, wenn die Vollstreckung nicht eingestellt wird, und welcher Nachteil des Gläubigers dem für den Fall einer Einstellung gegenübersteht. Muß dies zwar notwendig einer Abwägung im Einzelfall vorbehalten bleiben, so kann doch ein abstraktes Raster herausgearbeitet werden, innerhalb dessen Grenzen sich diese jedenfalls zu bewegen hat. Die rechtlich weitgehend gefestigte Position des Gläubigers verlangt, daß nicht schlechthin jeder dem Schuldner drohende Nachteil eine einstweilige Anordnung rechtfertigen kann.[368] Vielmehr muß dieser doch von einem gewissen Gewicht sein, das allerdings konkret an Hand der Situation des Schuldners zu bestimmen ist. Eine weitere Sicherung erfährt der Gläubiger durch die Maßnahmen, die in einstweiligen Anordnungen inhaltlich bestimmt werden können, insbesondere durch das Erfordernis einer Sicherheitsleistung durch den Schuld-

368) dazu oben S. 197 ff.

ner. Einen gewissen "Einbruch" stellt jedoch die Mög=
lichkeit einer einstweiligen Einstellung ohne Sicher=
heitsleistung durch den Schuldner dar, die, anders als
bei § 707 Abs. 1 Satz 2, nach dem Wortlaut des § 769
Abs. 1 an keine weiteren Erfordernisse gebunden zu sein
scheint. Dies wird durch ein Heraufsetzen der Opfer=
grenze des Schuldners im Rahmen der Verhältnismäßig=
keit auszugleichen sein. D.h. die Nichtersetzlichkeit
eines Nachteiles wird gleichwohl in die Beurteilung
mit einzubeziehen sein. [369]

Dem Wortlaut des § 769 Abs. 1 nach scheinen auch an=
dere Umstände als die Nichtersetzlichkeit eines beim
Schuldner entstandenen Nachteiles eine Einstellung ohne
Sicherheitsleistung rechtfertigen zu können. Dies be=
darf der Überprüfung. In § 707 Abs. 1 Satz 2 wird die
Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheits=
leistung davon abhängig gemacht, daß der Schuldner zur
Sicherheitsleistung nicht in der Lage ist und er durch
die Vollstreckung einen unersetzlichen Nachteil er=
leiden würde. Nach der hier vertretenen Auffassung
kommt dem Gläubiger bei § 769 eine gegenüber § 707
verdichtete Stellung zu. Dies erfordert dann aber auch,
im Rahmen des § 769 strengere Voraussetzungen für eine
Einstellung ohne Sicherheitsleistung aufzustellen. D.h.
es müßten für den Schuldner eingreifendere Umstände
als die in § 707 Abs. 1 Satz 2 aufgeführten vorliegen.
Es mag sein, daß dies im konkreten Einzelfall denkbar
ist. Im abstrakten Bereich ist dies jedoch schwer vor=
stellbar. Dies führt zu der Feststellung, daß andere
als die in § 707 Abs. 1 Satz 2 genannten Umstände eine
Einstellung ohne Sicherheitsleistung im Grundsatz nicht,
sondern nur in möglichen Ausnahmefällen rechtfertigen.

---

369) zum Ganzen eingehend oben S. 197 f.

Sind die Belange des Gläubigers somit bei einer einst=weiligen Anordnung ihrem Gewicht gemäß berücksichtigt, so ist über § 769 ein angemessener Ausgleich der wider=streitenden Interessen zu erlangen. Daraus ist in Ver=bindung mit dem Umstand, daß auch hier eine Entschei=dung über den materiell-rechtlichen Anspruch ergeht, [370] die Fälle des § 769 mithin in die dogmatische Nähe des § 707 gerückt werden, und den im Vergleich zu § 732 schwächeren Gläubigerinteressen die Unanfecht=barkeit einstweiliger Anordnungen in entsprechender Anwendung des § 707 Abs. 2 Satz 2 zu folgern, unter Einschluß der Ausnahmen, die dort zugelassen werden. [371]

Auch in dieser Beziehung fällt auf, daß sich § 768 nicht in die hier aufgezeichnete Systematik einpaßt. Denn je nachdem, ob sich der Schuldner der Erinnerung nach § 732 oder der Vollstreckungsgegenklage nach § 768 bedient, stünde ihm die sofortige Beschwerde zu oder sie bliebe ihm verwehrt. Da sich dieses Dilemma je=doch aus der Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers für die Alternativität dieser Rechtsbehelfe ergibt, kann hieraus für das Gesamtergebnis nichts hergelei=tet werden. Entsprechend den Ausführungen zu § 732 wird in diesem Rahmen somit die sofortige Beschwerde zuzulassen sein.

Für die Anfechtbarkeit der einstweiligen Anordnungen im übrigen läßt sich auch nichts aus der Zufälligkeit folgern, ob Berufung oder Vollstreckungsgegenklage er=hoben wird, da das Ergebnis für beide Fälle dasselbe sein muß.

---

370) oben S. 189 bei und in Fußn. 344

371) oben S. 67 ff.

Fraglich bleibt weiter, ob der Vollstreckungsgegen= kläger die Ablehnung des Erlasses einer einstweiligen Anordnung anfechten kann. Auch in diesem Zusammenhang sind die von den Parteien erlangten verfahrensrecht= lichen Positionen zur Beurteilung heranzuziehen, die dadurch gekennzeichnet werden, daß der Vollstreckungs= gegenkläger/Schuldner nicht die Richtigkeit der voll= streckbaren Entscheidung im Zeitpunkt ihres Erlasses angreift, sondern nur vorträgt, der dort verbriefte Anspruch sei nachträglich wieder erloschen. Dabei zeigt bereits der Umstand, daß der Schuldner verfah= rensrechtlich darauf verwiesen wird, seine Einwendun= gen auf dem Klagewege gegen den Gläubiger zu verfolgen, daß seine Stellung gegenüber der des Gläubigers schon durch die gesetzliche Regelung schwächer gezeichnet ist. Wird gleichwohl dem Gläubiger die Anfechtung einstweiliger Anordnungen verwehrt, so kann sie aus den genannten Gründen auch nicht für den Schuldner im Falle der Zurückweisung seines Antrages zugelassen wer= den. Allerdings werden auch hier die bei § 707 Abs. 2 Satz 2 dargestellten Ausnahmen zu machen sein.

(2) Rechtsbehelfe gegen eine einstweilige Anordnung des Vollstreckungsgerichtes, § 769 Abs. 2 ZPO - Die gleiche Problematik tritt auf, wenn das Vollstrek= kungsgericht durch den Rechtspfleger, § 20 Ziff. 7 RPflG, eine einstweilige Anordnung nach § 769 Abs. 2 erlassen hat. Dabei gilt die Besonderheit, daß in dem Beschluß zwingend auszusprechen ist, daß dem Vollstrek= kungsgericht innerhalb einer zu bestimmenden Frist die Entscheidung des Prozeßgerichtes nachzuweisen ist.

Keiner näheren Erörterung bedarf die Zulassung einer Erinnerung gegen den Beschluß des Rechtspflegers, da

dessen Entscheidung jedenfalls einer richterlichen Überprüfung unterliegen muß. Die uneingeschränkte Anwendung des § 11 RPflG würde nach dessen Abs. 2 Satz 3 auch zur Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde führen, da eine Erinnerung, der nicht abgeholfen worden ist, als Beschwerde weiter zu behandeln ist (Durchgriffserinnerung). [372] Ein so verstandenes Verfahren führt jedoch zu Unstimmigkeiten, da, obwohl die Bestandskraft des Beschlusses des Vollstreckungsgerichtes ohnehin von einer weiteren Entscheidung des Prozeßgerichtes über denselben Gegenstand abhängig ist, [373] eine Überprüfung zugelassen wird, diese jedoch gegenüber einem Beschluß des Prozeßgerichtes versagt wird. In bezug auf die Anfechtbarkeit würde somit eine unterschiedliche verfahrensrechtliche Behandlung Platz greifen, je nachdem, ob die einstweilige Anordnung vom Prozeßgericht erster Instanz oder vom Vollstreckungsgericht erlassen worden ist.

Zwar ist richtig, daß eine Überprüfung der Entscheidung des Vollstreckungsgerichtes im Beschwerdeverfahren mit einer Entscheidung des Prozeßgerichtes sowohl hinsichtlich des Verfahrensgegenstandes als auch des materiellen Gehaltes der Entscheidung nicht identisch ist. Denn führt die Beschwerde zu einer Überprüfung des erstinstanzlichen Beschlusses, so erläßt demgegenüber das Prozeßgericht einen selbständigen, von der

---

372) so Stein-Jonas-Münzberg § 769 IV 2; KG Rspr. 25, 164; anders Wieczorek D V, der einerseits die befristete Erinnerung gegen den Beschluß des Rechtspflegers mit der Weiterbehandlung als sofortige Beschwerde bei nicht erfolgter Abhilfe bejaht, hinsichtlich der Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde gegen einen Beschluß des Gerichtes jedoch differenziert und sie nur bejaht, wenn dieses den Rechtsbehelf als unzulässig verworfen hat.

373) worauf auch OLG Hamm JMBl.NRW 56, 226 hinweist

Entscheidung nach § 769 Abs. 2 völlig unabhängigen Beschluß. Doch kann dies m.E. nicht die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde gegen eine einstweilige Anordnung des Vollstreckungsgerichtes nach § 769 Abs. 2 rechtfertigen.

Die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde kann m.E. auch nicht unter dem Hinweis auf § 793 angenommen werden, der eine Entscheidung im Vollstreckungsverfahren zur Voraussetzung hat. Denn daß eine Entscheidung in diesem Sinne bei § 769 Abs. 2 gegeben ist, kann nicht allein aus dem Umstand geschlossen werden, daß das Vollstreckungsgericht zur Entscheidung berufen ist. Dies zeigt sich bereits daran, daß die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichtes gegeben ist, gleichgültig, ob das Vollstreckungsverfahren von ihm oder einem anderen Vollstreckungsorgan durchgeführt wird. Dies erhellt, daß es sich eigentlich um ein Verfahren sowohl neben dem Haupt- als auch neben dem Vollstreckungsverfahren handelt, dessen Entscheidung dem jeweiligen Vollstreckungsorgan als Grundlage weiterer Maßnahmen nach § 775 Ziff. 1 dient. [374] Zudem kommt dem Vollstreckungsgericht nur eine subsidiäre Hilfszuständigkeit für die Entscheidung über einstweilige Anordnungen zu. Es entscheidet mithin im selben Verfahrensabschnitt wie das Prozeßgericht, dessen Entscheidung anläßlich des Hauptverfahrens ergeht.

Vielmehr ist zu bedenken, daß an sich überhaupt kein Bedürfnis für ein Beschwerdeverfahren besteht. [375] Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen: Der Schuldner

---

374) vgl. hierzu auch die Ausführungen oben S. 80 ff.
375) OLG Hamm a.a.O.

bleibt trotz einer einstweiligen Anordnung durch das Vollstreckungsgericht notwendig darauf verwiesen, eine weitere Entscheidung des Prozeßgerichtes herbeizuführen, die dem Beschluß des Vollstreckungsgerichtes deshalb übergeordnet ist, weil dieser nur bis zur Entscheidung des Prozeßgerichtes Wirkungen zeitigen kann. Das Prozeßgericht entscheidet unabhängig von der Entscheidung nach § 769 Abs. 2, gleichgültig, ob es ebenfalls eine einstweilige Maßnahme anordnet oder aber den darauf gerichteten Antrag zurückweist. Es bestätigt nicht etwa die einstweilige Anordnung des Vollstreckungsgerichtes oder hebt sie auf.[376] Dies ist überhaupt eine Folge aus dem Umstand, daß die Entscheidung nach § 769 Abs. 1 dem Prozeßgericht zugewiesen ist, das mit der Streitsache näher befaßt ist, dem also größere Bedeutung zukommen soll. Ist der Schuldner zudem gehalten, diese Entscheidung innerhalb der im Beschluß nach § 769 Abs. 2 bestimmten Frist einzuholen, so folgt schon daraus, welch kurzlebiger Natur dessen Wirkungen sind. Da das Vollstreckungsgericht ohnehin nur in dringenden Fällen zur Entscheidung befugt ist, in denen eine Anordnung des Prozeßgerichtes keinen Schutz mehr bieten könnte, ergibt sich die Notwendigkeit einer schnellstmöglichen weiteren Entscheidung durch das Prozeßgericht. Würde man gegen die Anordnung des Vollstreckungsgerichtes nun die sofortige Beschwerde zulassen, so wäre durchaus der Fall denkbar, daß die letztverbindliche Entscheidung des Prozeßgerichtes vor einer möglichen Beschwerdeentscheidung erginge,[377] und damit die Beschwerde unzulässig werden

376) vgl. etwa Zöller-Scherübl § 769 III; Stein-Jonas-Münzberg III 2

377) OLG Hamm a.a.O.

würde, weil nunmehr für eine Entscheidung nach § 769 Abs. 2, der nur eine Hilfsfunktion bis zur Entscheidung des Prozeßgerichtes zukommt, kein Rechtsschutzbedürfnis mehr bestehen würde. Jedenfalls scheint es unter Berücksichtigung des praktischen Verfahrensablaufes sicher zu sein, daß die Beschwerdeentscheidung nur für eine relativ kurze Dauer - eben bis zur Entscheidung des Prozeßgerichtes - ihre Wirkungen entfalten könnte. Ist somit das Beschwerdeverfahren von äußerst geringem Nutzen, so widerspricht es zudem der Prozeßökonomie, ein solches Verfahren überhaupt zuzulassen.

Anders jedoch als bei den §§ 732, 766 normiert die Zivilprozeßordnung hier keine spezialgesetzlichen Rechtsbehelfe, so daß es bei der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 11 RPflG bleibt. Insbesondere scheidet ein Rückgriff auf § 766 aus, da es sich hier nicht um eine Vollstreckungsmaßnahme handelt. [378] Allerdings wird man dann aus o.a. Gründen dessen Abs. 2 Satz 3 für nicht anwendbar halten müssen, so daß der mit der Erinnerung angegangene Richter in jedem Fall zur Entscheidung berufen ist. Wollte man dieser einschränkenden Interpretation nicht folgen, so wäre nach der hier vertretenen Auffassung von der Unanwendbarkeit des § 11 RPflG insgesamt auszugehen, andererseits aber eine Überprüfung der Entscheidung des Rechtspflegers durch das Vollstreckungsgericht in entsprechender Anwendung der §§ 576 Abs. 1, 577 Abs. 4

---

378) a.A. Wieczorek a.a.O., der auch hier die Erinnerung nach § 766 für anwendbar hält, wenn der Gläubiger vor der Einstellung vom Rechtspfleger nicht gehört worden ist.

zu befürworten.[379] Eine Abänderungsbefugnis stünde dann dem Rechtspfleger gemäß § 577 Abs. 3 - insoweit gleich wie bei § 11 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Satz 2 RPflG - nicht zu.[380] Doch wäre jedenfalls diese prozessuale Folge im Interesse einer beschleunigten Durchführung des Verfahrens auf Erlangung vorläufigen Rechtsschutzes nicht erstrebenswert, da die Vorlage an den Richter dann, wenn der Rechtspfleger abhelfen würde, zu einer unnötigen Verzögerung führte.

Aus den vorstehenden Überlegungen zur Unzulässigkeit der sofortigen Beschwerde in entsprechender Anwendung des § 707 Abs. 2 Satz 2 folgt weiter, daß diese auch in den dort entwickelten Fällen, in denen eine sofortige Beschwerde für zulässig zu erachten ist, unzulässig sein muß. Denn aufgrund der notwendigen, zeitlich absehbaren Entscheidung des Prozeßgerichtes fehlt gleichermaßen ein Bedürfnis nach einem Beschwerdeverfahren.

Ein Bedürfnis für die Zulassung einer sofortigen Beschwerde besteht selbst dann nicht, wenn das Vollstrekkungsgericht versehentlich die Bestimmung der Frist,

---

379) Dem steht auch nicht die Zulassung einer Beschwerde in § 576 Abs. 2 gegen eine Entscheidung des Gerichtes entgegen, da dieser nicht die Zulässigkeit von Beschwerden neu begründen will, vielmehr ausschließlich solche Entscheidungen erfaßt, die ohnehin beschwerdefähig sind, Thomas-Putzo § 576 Anm. f.

380) Thomas-Putzo § 576 Anm. d

innerhalb der die Entscheidung des Prozeßgerichtes herbeizuführen ist, unterlassen hat. Denn dem Gläubiger ist die Möglichkeit eröffnet, die Fristbestimmung im Wege der Ergänzung des Tenors in entsprechender Anwendung des § 321 zu erreichen. So erklärt das Gesetz selbst § 321 für entsprechend anwendbar, wenn etwa im Falle der §§ 302, 599 der Vorbehalt zur Durchführung eines Nachverfahrens nicht ausgesprochen worden ist, §§ 302 Abs. 2, 599 Abs. 2. Dies wurde durch Rechtsprechung und Literatur [381] auf den Vorbehalt der beschränkten Haftung nach den §§ 305, 780, 786 erweitert. Diese Fälle haben mit der Fristbestimmung nach § 769 Abs. 2 gemeinsam, daß die Bezeichnung einer der Entscheidung innewohnenden Bedingung im Tenor unterblieben ist. Da § 321 auch auf Beschlüsse anwendbar ist, [382] stehen einer Ergänzung der Entscheidung nach § 769 Abs. 2 in entsprechender Anwendung des § 321 keine Bedenken entgegen.

---

381) OLG Düsseldorf NJW 70, 1689; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 321 I 3; Thomas-Putzo 4b; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 5d; Zöller-Vollkommer III; Wieczorek B IIa 4; b 5

382) Thomas-Putzo § 321 Anm. 4c

II. Die Vollstreckungsgegenklage des Erben nach § 785 ZPO

In § 785 wird auf die Verfahrensregeln der §§ 767, 769, 770 Bezug genommen. D.h. die Einwendungen nach den §§ 781 - 784 werden, obwohl z.B. dem Erben im Urteil die Beschränkung seiner Haftung vorbehalten worden ist, vom Vollstreckungsorgan nicht von Amts wegen beachtet, sie sind vielmehr durch Erhebung der Vollstreckungsgegenklage gegen den Gläubiger vor dem Prozeßgericht des ersten Rechtszuges mit dem Antrag zu verfolgen, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil in das nicht zum Nachlaß gehörige Vermögen für unzulässig zu erklären, §§ 781, 784, oder aber auf die Pfändung sowie Maßregeln, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind, zu beschränken, so lange die befristeten Einreden geltend gemacht werden können (§§ 782, 783), §§ 305, 780, 781, 785. [383]

Auch wenn durch diese gesetzliche Regelung die Interessenkonflikte zwischen Eigen- und Nachlaßgläubigern zum Teil einen Ausgleich erfahren, besteht gleichwohl im Interesse des Erben ein Bedürfnis nach einstweiligen Anordnungen bis zur endgültigen Klärung der Haftungsverhältnisse. Diese richten sich nach § 769, § 785. Es kann auf die dort angestellten Erwägungen verwiesen werden.

---

383) Mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 785 werden keine dogmatisch einheitlichen Fallgruppen erfaßt. Die Einwendungen der §§ 781, 784 muten wie Widersprüche im Sinne des § 771 an. Die Rügen der §§ 782, 783 könnten auch der Erinnerung nach § 766 zugeordnet werden. Zum Ganzen Stein-Jonas-Münzberg § 785 I.

Gleichwohl durch § 785 mit den §§ 781 - 784 unterschiedliche dogmatische Fallgestaltungen erfaßt werden, [384] muß wie bei § 769 [385] grundsätzlich von der Unanfechtbarkeit einer Entscheidung über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung ausgegangen werden. Die Parteiinteressen erfahren durch die erforderliche umfassende Interessenabwägung einen ausreichenden Schutz.

So ist das Vertrauen des Gläubigers in eine uneingeschränkte Vollziehbarkeit seines Titels schon durch den in das Urteil aufgenommenen Vorbehalt vermindert. Er muß also jederzeit mit einer Vollstreckungsgegenklage rechnen. Seine prozessuale Stellung erfordert somit nicht notwendig eine Beschwerdemöglichkeit, ihr ist durch die Interessenabwägung grundsätzlich Genüge getan.

Aber auch die Position des Schuldners erfordert nicht die Zulassung der sofortigen Beschwerde. Sie ist trotz des Vorbehaltes schwächer als die des Gläubigers, da er zur Durchsetzung des Vorbehaltes in ein weiteres Verfahren verwiesen wird. Dies ist deshalb erforderlich, weil das den Vorbehalt aussprechende Gericht nicht zu prüfen braucht, ob die Einrede zu Recht erhoben worden ist. Dadurch wird zugleich zum Ausdruck gebracht, daß das Vertrauen des Schuldners in die Begründetheit seiner Einrede aufgrund des Vorbehaltes nicht sehr groß sein kann. Auch seinen Interessen wird durch eine Interessenabwägung grundsätzlich genügt.

---

384) oben S. 215 Fußn. 383

385) oben S. 204 ff.

§ 9 Die entsprechende Anwendung des § 769 ZPO kraft Gesetzes

I. Die Vollstreckungsabwehrklage bei sonstiger beschränkter Haftung, § 786 ZPO

a) Tatbestände - (1) Die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten für Gesamtgutsverbindlichkeiten, § 1489 BGB - Nach dem Tode eines Ehegatten wird die Gütergemeinschaft unter den Voraussetzungen des § 1483 BGB zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortgesetzt. Dann haftet der überlebende Ehegatte im Grundsatz für die Gesamtgutsverbindlichkeiten persönlich, § 1489 BGB, somit auch für solche Verbindlichkeiten des verstorbenen Ehegatten, die Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft waren, § 1488 BGB.

Der überlebende Ehegatte kann jedoch, ähnlich einem Erben, seine Haftung auf die Masse des Gesamtgutes beschränken, wenn ihn die Haftung für die Gesamtgutsverbindlichkeiten nur aufgrund der fortgesetzten Gütergemeinschaft trifft. Dies ist einmal dann der Fall, wenn der überlebende Ehegatte zwar vor Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft persönlich gehaftet hat, diese Haftung aber nach den §§ 1437 Abs. 2 Satz 2, 1459 Abs. 2 Satz 2, 1463 BGB erloschen wäre, wäre die Gütergemeinschaft nicht fortgesetzt worden. Zum anderen dann, wenn er bereits während des Bestehens der Gütergemeinschaft als Nichtverwalter keiner persönlichen Haftung für die Gesamtgutsverbindlichkeiten des

Verwalters unterzogen war, § 1437 Abs. 2 Satz 1 BGB. [386]

(2) Die Haftung des Übernehmers bei vertraglicher Übernahme eines ganzen Vermögens, § 419 BGB - Anders als bei § 1489 BGB bzw. der Haftungsbeschränkung des Erben muß sich der Übernehmer nach § 419 BGB über die Beschränkung seiner Haftung nicht erklären. Diese tritt vielmehr bereits kraft Gesetzes ein, § 419 Abs. 2 Satz 1 BGB. Trotzdem hat das Vollstreckungsorgan die Haftungsbeschränkung zunächst unbeachtet zu lassen. Der Übernehmer muß sich der Vollstreckung in das nicht übernommene Vermögen durch die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage erwehren, §§ 786, 781, 785. Voraussetzung für deren Zulässigkeit ist jedoch, daß ihm die Geltendmachung der Haftungsbeschränkung im Titel vorbehalten worden ist, § 780 Abs. 1.

(3) Die Haftung gegenüber Dritten nach der Teilung des Gesamtgutes, § 1480 BGB - Nach Aufhebung der Gütergemeinschaft soll zunächst die Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten erfolgen, §§ 1475, 1476 BGB. Wurde jedoch das Gesamtgut bzw. dessen verbleibender Rest bereits vor Begleichung einer Gesamtgutsverbindlichkeit auf die Ehegatten aufgeteilt, so haftet auch der Ehegatte, der vor Beendigung der Gütergemeinschaft bzw. danach, aber vor der Teilung, keiner persönlichen Haftung unterlag, §§ 1437 Abs. 2 Satz 2, 1459 Abs. 2 Satz 2, 1463 BGB, nunmehr persönlich als Gesamtschuldner, allerdings beschränkt auf die aus dem Gesamtgut erlangten Gegenstände, § 1480 Satz 2 BGB. Auch diese

386) dazu Palandt-Diederichsen § 1489 Anm. 2; Stein-Jonas-Münzberg § 786 I

Beschränkung hat der Haftende im Wege der Vollstrek=kungsgegenklage gemäß den §§ 786, 780 Abs. 1, 781, 785 geltend zu machen.

(4) Die Haftung der Abkömmlinge im Innenverhältnis nach der Teilung des Gesamtgutes, § 1504 BGB - Die Auseinandersetzung des Gesamtgutes nach Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft vollzieht sich nach den allgemeinen Regeln, § 1489 BGB. D.h. auch die am Gesamtgut anteilsberechtigten Abkömmlinge haften einem Gesamtgutgläubiger nach § 1480 BGB persönlich, wenn die Teilung des Gesamtgutes vor Berichtigung einer Gesamtgutsverbindlichkeit vorgenommen wurde, allerdings beschränkt auf die Gegenstände, die sie aus dem Ge=samtgut erhalten haben. Nach § 1504 BGB setzt sich dieser Haftungsmodus im Gesamtschuldverhältnis zwischen den Abkömmlingen fort. Diese sind einander zum Aus=gleich nach der Höhe ihrer Anteile am Gesamtgut ver=pflichtet, beschränkt wieder auf die aus dem Gesamtgut erlangten Gegenstände. Um diese Beschränkung einer un=beschränkten Vollstreckung mit der Vollstreckungsgegen=klage entgegenhalten zu können, bedarf es eines ent=sprechenden Vorbehaltes im Titel, §§ 786, 780 Abs. 1, 781, 785.

(5) Die Haftung des Hauptvermächtnisnehmers, § 2187 BGB - Ist ein Vermächtnisnehmer selbst durch ein Ver=mächtnis oder eine Auflage beschwert, so kann er deren Berichtigung insoweit verweigern, als dasjenige zur Erfüllung nicht ausreicht, was er aus dem Nachlaß erhält. Auch hier kann der Vermächtnisnehmer die Be=schränkung entsprechend den §§ 780 Abs. 1, 781, 785 mit der Vollstreckungsgegenklage geltend machen, § 786.

b) Zu den Fragen nach der dogmatischen Struktur und den Interessenlagen sowie für die sich durch die Verweisung auf die §§ 769, 770 ergebenden Probleme kann auf die Ausführungen zu § 785 verwiesen werden,[387] weil diese im Rahmen des § 786 gleichgelagert sind.

---

387) oben S. 215 f.

II. Die Widerspruchsklagen nach den §§ 771 bis 774 ZPO

Abweichend von den bisherigen Betrachtungen, die sich nahezu ausschließlich auf die Interessenkonflikte zwischen Gläubiger und Schuldner nach Einlegung von Rechtsbehelfen beschränkten, [388] regeln die Widerspruchsklagen der §§ 771 - 774 das Spannungsfeld der Interessen des Gläubigers und eines betroffenen Dritten, ohne jedoch den Schuldner unmittelbar in seinen Interessen zu belangen. Denn durch die Vollstreckung in einen schuldnerfremden Gegenstand wird der Schuldner nicht seiner im Vollstreckungstitel verbrieften Verpflichtung enthoben, da diese nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen kann. [389] Zwar werden die Regeln der §§ 769, 770 für entsprechend anwendbar erklärt, doch wird zu untersuchen sein, ob und gegebenenfalls unter welchen Einschränkungen diese im Rahmen der Widerspruchsklagen Geltung beanspruchen können.

a) Tatbestände - (1) Die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO - Durch die Widerspruchsklage des § 771 wird einem Dritten ermöglicht, der Vollstreckung aufgrund eines gegen den Schuldner gerichteten Titels in Gegen-

388) Ausnahme ist die Erinnerung nach § 766, die auch Dritten zusteht, sofern sie ein berechtigtes Interesse aufgrund von Beeinträchtigungen durch die Vollstreckung geltend machen können, Stein-Jonas-Münzberg § 766 II 3; Thomas-Putzo 5a

389) auch nicht nach Beendigung der Vollstreckung etwa durch die Versteigerung des verstrickten Gegenstandes, da der Gläubiger insoweit den Erlös nach Bereicherungsrecht an den Dritten herauszugeben hat, und evt. auch Schadensersatzansprüchen Dritter ausgesetzt ist, ganz hM, vgl. statt aller Stein-Jonas-Münzberg § 771 VII 4

stände entgegenzutreten, an denen ihm ein Recht zu=steht, das eine Befugnis des Schuldners zur Veräuße=rung hindert. Dies ist dann der Fall, wenn dem Dritten ein Recht eigen ist, das bewirkt, daß der Gegenstand nicht in das Vermögen des Schuldners fällt, [390] und deshalb nicht in diesen Gegenstand vollstreckt werden kann. [391]

Die dogmatische Struktur des § 771 ist gemäß der In=tention der Regelung, Drittinteressen in der Vollstrek=kung zur Geltung zu verhelfen, anders als bei § 767. Konnte dort die generelle Unzulässigkeit der Zwangs=vollstreckung aus dem Titel aufgrund materiell-recht=licher Einwendungen gegen den verbrieften Anspruch aus=gesprochen werden, so kann hier eine solche allgemeine Hinderung der Vollstreckung nicht stattfinden. Denn der Dritte erstrebt weder eine gerichtliche Überprüfung der Richtigkeit des Titels, noch macht er später ent=standene Einwendungen geltend, sondern er bringt ledig=lich vor, der verstrickte Gegenstand gehöre nicht zu der dem Gläubiger haftenden Vermögensmasse. Deshalb wird nur die Vollstreckung in den dem Dritten gehören=den Gegenstand für unzulässig erklärt, nicht aber auch die weitere Vollstreckung aus diesem Titel in andere Gegenstände unterbunden.

---

390) Thomas-Putzo § 771 Anm. 6 pr.

391) zu Recht weisen Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 771 Anm. 1 darauf hin, daß es ein "die Veräußerung hinderndes Recht des Dritten" eigentlich nicht gibt, daß vielmehr auch etwa das Eigentum des Drit=ten die Veräußerung durch den Schuldner nicht hin=dern kann; deshalb sei ausschließlich auf das Recht abzustellen, das einer Vollstreckung in diesen Gegenstand entgegenstehe; ähnlich Wieczorek B IV; Stein-Jonas-Münzberg II 1 pr.; zu den einzelnen Fallgruppen solcher Rechte vgl. Stein-Jonas-Münz=berg a.a.O.

Diese dogmatische Konstruktion spiegelt den zugrunde liegenden Interessenkonflikt wider. Denn trotz der durch den nicht angefochtenen Titel in hohem Maße verdichteten Stellung des Gläubigers und der etwa in § 808 Abs. 1 durch die Anknüpfung an den Gewahrsam ausgesprochenen gesetzlichen Vermutung der Zugehörigkeit des Gegenstandes zum dem Gläubiger zugänglichen Vermögen des Schuldners, steht ihm kein Recht zu, sich aus dem Vermögen Dritter zu befriedigen. Andererseits kann auch der Dritte nur ein Interesse an der Entstrickung des ihm gehörenden Gegenstandes haben, nicht aber auch an der Unterbindung der Vollstreckung überhaupt. Jedenfalls wäre ein solches Interesse im Rahmen des § 771 nicht schutzwürdig.

(2) Die Widerspruchsklage bei Bestehen eines Veräußerungsverbotes, § 772 ZPO - In § 772 sind die relativen Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 BGB in Bezug genommen. D.h. Veräußerungsverbote, die nur dem Interesse und Schutz bestimmter Personen zu dienen bestimmt sind (etwa die §§ 106 KO, 23 ZVG, 59 VerglO, 938 Abs. 2 ZPO), bedingen die Unwirksamkeit der Veräußerung des damit behafteten Gegenstandes nicht schlechthin, sondern nur gegenüber diesem besonderen Personenkreis. Gleichzeitig wird der rechtsgeschäftlichen Veräußerung der Zugriff in der Vollstreckung gleichgesetzt, § 135 Abs. 1 Satz 2 BGB, was zur Folge hat, daß beim Bestehen eines Veräußerungsverbotes im Sinne der §§ 135, 136 BGB den dadurch begünstigten Personen gegenüber die durch die Vollstreckung bedingten Rechtsänderungen unwirksam sind. [392]

---

392) zu den nicht unter die §§ 135, 136 BGB fallenden Verfügungs- und Veräußerungsverbote, die aus der Pfändung oder sonstigen Beschlagnahme im Vollstrek=

Weiter eröffnet § 772 den begünstigten Personen die Möglichkeit, ihre auf dem Veräußerungsverbot beruhende Einwendung gegen die Vollstreckung mit der Widerspruchsklage geltend zu machen, da sie der Gefahr ausgesetzt sind, durch die Verwertung des Gegenstandes ihrer Rechte verlustig zu gehen. [393] Alternativ steht dem Dritten auch die Erinnerung nach § 766 zu Gebote. [394]

In § 772 wird der nur beschränkten Wirkung des Veräußerungsverbotes Rechnung getragen, indem dort nur die Verwertung, nicht jedoch schon die Pfändung untersagt wird. Mit der Widerspruchsklage kann somit - im Gegensatz zu § 771 - nicht die Vollstreckung schlechthin gerügt werden, sondern ausschließlich die Verwertung der gepfändeten Gegenstände (Veräußerung oder Überweisung). Doch beschränkt sich diese Rüge auch hier auf einen bestimmten, allerdings schuldnereigenen Gegenstand.

Die Interessenlage der Parteien gleicht nicht ganz derjenigen bei § 771. Unterschiede resultieren v.a. aus der nur relativen Unwirksamkeit des Veräußerungsverbotes sowie daraus, daß die Vollstreckung in schuldnereigene Gegenstände erfolgt.

(3) Die Widerspruchsklage des Nacherben, § 773 ZPO -

---

kungsverfahren und aus der Konkurs- bzw. der Vergleichseröffnung resultieren, siehe Stein-Jonas-Münzberg § 772 I 2

393) Hans.OLG Hamburg MDR 66, 516, 517; Stein-Jonas-Münzberg § 817 IV 3a

394) RG JW 12, 909; Stein-Jonas-Münzberg § 772 IV 2; Zöller-Scherübl III; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 3; Thomas-Putzo 4b; Wieczorek C III a; zu § 766 siehe oben S. 170 ff.

Durch § 2115 BGB wird den Gläubigern des Vorerben der Zugriff auf Nachlaßgegenstände zum Nachteil des Nacherben verwehrt, indem eine Veräußerung oder Überweisung im Wege der Zwangsvollstreckung, d.h. in den vollstreckungsrechtlichen Formen, für unwirksam erklärt wird. [395]

Wird dabei auch für § 2115 BGB die Wirkung eines absoluten Veräußerungsverbotes angenommen, [396] so gleicht die Situation doch in so hohem Maße der des § 772, [397] daß für das Weitere auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden kann.

(4) Die Widerspruchsklage des Ehegatten, § 774 ZPO - In § 774 wird an § 741 angeknüpft. Danach reicht, wenn die Ehegatten in Gütergemeinschaft leben, für die Vollstreckung in das Gesamtgut grundsätzlich ein Urteil gegen den Ehegatten aus, der das Gesamtgut nicht oder nicht allein verwaltet und selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt. Hinsichtlich des Gesamtgutes ist das Urteil ihm gegenüber jedoch unwirksam, wenn darin überhaupt keine Geschäftsschuld verbrieft ist, er vom Betrieb des Erwerbsgeschäftes keine Kenntnis oder er seine Einwilligung dazu verweigert hatte und dem Dritten dies bekannt war, wenn sein Einspruch gegen

---

395) vgl. Soergel-Knopp § 2115 Anm. 10; Staudinger-Seybold 8; Palandt-Keidel 1

396) BGHZ 33, 76, 86; Motive V 116; Soergel-Knopp § 2115 Anm. 8; Staudinger-Seybold 7; § 2113 Anm. 8; Palandt-Keidel § 2115 Anm. 2; § 2113 Anm. 1a aa; Lange-Kuchinke § 26 IV 4

397) Stein-Jonas-Münzberg § 773 I

den Betrieb des Erwerbsgeschäftes oder der Widerruf seiner Einwilligung zu dem Betrieb bei Rechtshängigkeit der Klage des Dritten im Güterrechtsregister eingetragen war.[398] Diese Unwirksamkeit ihm gegenüber kann der Ehegatte mit der Widerspruchsklage nach § 774 geltend machen.

Die Beschränkungen des § 741 sind zusätzliche formelle Voraussetzungen mit materiell-rechtlichem Hintergrund für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, die zwar nicht vom Vollstreckungsorgan überprüft werden müssen,[399] aber doch alternativ neben § 774 mit der Erinnerung nach § 766 anfechtbar sein sollen.[400] Demgegenüber soll für die übrigen Unwirksamkeitsgründe, die dem materiellen Recht entspringen und das Urteil gegenüber dem Ehegatten unwirksam machen - keine Geschäftsschuld, Ehegatte war der Geschäftsbetrieb nicht bekannt, Gläubiger kannte den Mangel der Einwilligung -, nur § 774 einschlägig sein.[401] Lediglich mit der Erinnerung ist die Einwendung zu verfolgen, der Ehegatte betreibe überhaupt kein selbständiges Erwerbsgeschäft.[402] Dies ergibt sich aus der

---

398) Zöller-Scherübl § 774 Anm. I; Wieczorek A II

399) Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 741 Anm. 2c; Thomas-Putzo 2b

400) Stein-Jonas-Münzberg § 774 I; § 741 Rdnr. 7, 8; Thomas-Putzo § 741 Anm. 4; Zöller-Scherübl I 4

401) Stein-Jonas-Münzberg § 774 I 2; Wieczorek A I, II; Zöller-Scherübl § 741 I 4; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 2 A, B

402) Stein-Jonas-Münzberg § 741 Rdnr. 6; Zöller-Scherübl a.a.O.; a.A. Baumbach-Lauterbach-Hartmann 2 A, der auch hier § 766 mit § 774 alternativ konkurrieren läßt.

prozessualen Erstreckung des Urteiles auf eine ihm nach materiellem Recht nicht offenstehende Haftungsmasse, und in dessen Folge aus dem Umstand, daß die einzige Voraussetzung dieser Erstreckung, nämlich die eines selbständigen Erwerbsgeschäftes, vom Vollstrekkungsorgan nachzuprüfen ist. Liegt diese nicht vor, so stellt eine dennoch durchgeführte Vollstreckung ausschließlich einen Verstoß gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung dar.

b) Interessenabwägung - Für die bei der Interessenabwägung anzustellenden Überlegungen kann zunächst auf die grundsätzlichen Überlegungen zu § 769 verwiesen werden.

Doch ist hier weiter in Betracht zu ziehen, daß sich die Interessengestaltungen der §§ 771 ff. dennoch auch von denen der §§ 767, 768 unterscheiden. Dem Gläubiger kommt insbesondere nicht eine gleich starke Stellung zu, weil hier zu besorgen ist, daß er auf ihm nicht haftendes Vermögen zugreift. [403] Dies hat auch Auswirkungen auf die Interessenabwägung in bezug auf die Frage, ob eine einstweilige Anordnung erlassen werden soll. Es sind dann geringere Anforderungen an das Interesse des mit der Zwangsvollstreckung Überzogenen an einer solchen zu stellen.

In gewisser Hinsicht gleicht die für die §§ 771 ff. dargestellte Interessenlage in ihrer Grundstruktur derjenigen in den von den §§ 707, 719 Abs. 1 erfaßten

---

403) Eine Ausnahme hiervon macht die Widerspruchsklage nach § 772.

Fallgruppen. Wird dort die Fehlerhaftigkeit der Voll=streckungsgrundlage schlechthin vorgebracht, d.h. daß ein vollstreckbarer Anspruch überhaupt nicht gegeben sei, so wird auch hier vorgetragen, ein Anspruch zur Vollstreckung in diesen Gegenstand bestehe nicht, weil dieser nicht im Vermögen des Schuldners stehe. Aller=dings wird die Position des Gläubigers bei den §§ 771 ff. aufgrund des angeblichen Einbruches in den Rechts=kreis eines an den rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen Gläubiger und Schuldner unbeteiligten Dritten noch etwas schwächer zu zeichnen sein. Dabei kann der Umstand, daß die Widerspruchsklage den Titel und den in ihm verbrieften Anspruch unberührt läßt, zu keinem anderen Ergebnis führen. Denn damit wird überhaupt nichts über die Position des Gläubigers gegenüber dem Dritten ausgesagt, die gerade dadurch geprägt ist, daß diesem gegenüber kein vollstreckbarer Anspruch be=steht, in sein Vermögen folglich auch nicht vollstreckt werden darf.

Aus diesen Überlegungen sind für die Interessenabwä=gung folgende Schußfolgerungen zu ziehen: Aufgrund der gegenüber den §§ 767, 768 unterschiedlichen Interessen=lage kann der Verweisung in § 771 Abs. 3 auf § 769 nicht die Bedeutung zukommen, daß dort im Rahmen der freien, pflichtgemäßen Ermessensausübung bei der Durch=führung der Interessenabwägung die gleichen Gesichts=punkte zu berücksichtigen seien. Vielmehr sind die innerhalb des § 707 zu beachtenden Umstände, die ge=wissermaßen als Minimalanforderungen für einstweilige Anordnungen zu gelten haben, auch hier anzuwenden. Dies verwehrt auch nicht der Wortlaut der Verweisungs=norm, § 771 Abs. 3 Satz 1, da § 769 nur entsprechend, also in einer den in den §§ 771 ff. geregelten Be=dürfnissen Rechnung tragenden Form anzuwenden ist.

c) Anordnungen - Die hier vertretene Interessenstruktur läßt sich zwanglos in den Bereich der den Gerichten eröffneten einstweiligen Anordnungen hinein weiterverfolgen.

Der Gesetzgeber trägt in § 771 Abs. 3 Satz 2 dem verstärkten Interesse des Schuldners an einer einstweiligen Anordnung dadurch Rechnung, daß er die Aufhebung bereits erfolgter Vollstreckungsmaßregeln bei den Widerspruchsklagen auch ohne Sicherheitsleistung für zulässig erklärt, und es damit in Kauf nimmt, daß das Risiko des Gläubigers jeglicher Abdeckung entzogen wird. Zusammen mit den bei § 769 zulässigen Maßnahmen umfaßt die Anordnungsgewalt des Gerichtes hier somit das denkbar breiteste Spektrum. Dies ist vor dem Hintergrund der dogmatischen Erwägungen sowie der zugrunde liegenden Interessenlage auch sachgerecht.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, im Rahmen der Erörterungen zu § 769 seien unter dem Gesichtspunkt der Vollstreckungsgegenklagen die dort ermöglichten Anordnungen als Beleg für die stärkere Stellung des Gläubigers herangezogen worden. Denn dabei bliebe außer Betracht, daß dort bei der Ermessensausübung hinsichtlich der Frage, ob einstweilen eingestellt werden soll, die Abwägung der Parteiinteressen von einer vergleichenden Betrachtung der auf beiden Seiten zu erwartenden Nachteile geprägt wird. Wird aber auf den Rahmen der Interessenabwägung bei § 707 zurückgegriffen, wie dies hier vertreten wird, so findet eine Abwägung der Nachteile bei der Überprüfung dieser Frage nicht statt. Sie entfällt dann aber auch bei der Festlegung der grundsätzlich möglichen Anordnungen. Denn auch bei § 769 wird in dieser Frage

nicht auf die bei den Parteien zu erwartenden Nachteile Bezug genommen. Diese können nur bei der Festlegung des konkreten Inhaltes der jeweiligen Anordnung Bedeutung erlangen, also bei der Frage, durch welche Maßnahme eine möglichst weitgehende Absicherung beider Parteien erreicht werden kann. Unter diesem Blickwinkel läßt sich auch die Verweisung auf § 769 anstatt auf § 707 rechtfertigen.

Bei der Erörterung der möglichen Inhalte einstweiliger Anordnungen muß dem Umstand Rechnung getragen werden, daß die Vollstreckung aus dem Titel nicht gänzlich unterbunden werden soll, sondern lediglich die Vollstreckung in den verstrickten Gegenstand. Folglich können auch vorläufigen Regelungen nur solche Inhalte beigelegt werden, die sich auf den zwangsweisen Beschlag dieses Gegenstandes richten. Unter dieser Einschränkung wird man jedoch alle bei § 769 möglichen Anordnungen auch hier zulassen können, insbesondere also die Einstellung der Vollstreckung bzw. die Aufhebung bereits vollzogener Vollstreckungsmaßnahmen gegen Sicherheitsleistung. Die Einstellung der Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung wird aber nur in Ausnahmefällen befürwortet werden können, wenn etwa bei einem Vergleich der Risiken der Parteien sich die Leistung einer Sicherheit durch den Schuldner als unverhältnismäßig darstellen würde.

d) Rechtsbehelfe - Die unterschiedliche Behandlung von einstweiligen Anordnungen nach den §§ 732 Abs. 2, 769 in bezug auf deren Anfechtbarkeit führt auch hier in den Fällen, in denen alternativ die Erinnerung nach § 766 und die Widerspruchsklagen für zulässig erachtet werden, zu einer verschiedenartigen Behandlung. Denn

je nachdem, welchen Rechtsbehelf der Schuldner er= griffen hat, kann der Gläubiger die einstweilige An= ordnung anfechten, §§ 766 Abs. 1 Satz 2, 732 Abs. 2, oder nicht, § 769.

Doch beruht diese Ungereimtheit wie das ähnliche Verhältnis von § 732 zu § 768 auf der Grundsatzent= scheidung des Gesetzgebers für ein gespaltenes Rechts= behelfssystem, das abgestellt ist auf die Rechtsnatur der betreffenden Einwendungen. Kommt diesen eine ge= wisse Doppelnatur zu, so stehen sie im Grunde außer= halb des systematischen Aufbaues des Zwangsvollstrek= kungsrechtes, was zu Wertungswidersprüchen und in deren Folge zu verschiedenartig ausgestalteten Rechtsbehelfs= verfahren für ein und dieselbe Maßnahme in der Zwangs= vollstreckung führt. Dies muß im Interesse der Ein= heitlichkeit und Klarheit der einzelnen Rechtsbehelfs= verfahren in Kauf genommen werden.

Für die Auflösung dieser Wertungswidersprüche müßte vielmehr - und dies kann im Rahmen dieser Untersuchung nur angedeutet werden - von einem anderen Ansatzpunkt ausgegangen werden: Es müßte das Verhältnis der ver= schiedenen Rechtsbehelfe zueinander neu überdacht und abgegrenzt werden.

III. Die Klage auf vorzugsweise Befriedigung, § 805 ZPO

a) Die Verweisung in § 805 Abs. 4 auf die §§ 769, 770 ist deshalb untypisch, weil sich die Klage auf vorzugsweise Befriedigung nicht in die Reihe der bislang besprochenen Fallgruppen einfügt, in denen eine Unterbrechung der Zwangsvollstreckung begehrt wird. Denn sie bedingt doch gerade die Vollstreckung und verlangt nur eine Ablösung der sich aus Pfand- und Vorzugsrechten ergebenden Ansprüche. Andererseits kann aber nicht verkannt werden, daß sich der Vorzugsberechtigte gegen die Pfändung durch einen Dritten mit dem Bemerken wendet, er habe gegenüber diesem das bessere Recht inne und müsse also vor jenem Befriedigung erlangen können.

Die Klage auf vorzugsweise Befriedigung eröffnet denjenigen Dritten, die sich gegen die Verwertung der verstrickten Sache nicht mit der Drittwiderspruchsklage wehren können, weil ihnen kein "die Veräußerung hinderndes Recht" an dieser zukommt, die Möglichkeit, für die ihnen zustehenden, durch Pfand- und Vorzugsrechte gesicherten Forderungen unabhängig von deren Fälligkeit Befriedigung im Range vor dem vollstreckenden Gläubiger zu erlangen. [404] Anwendbar ist § 805 nur bei der Vollstreckung in Sachen, nicht jedoch bei einer Vollstrek-

404) Es werden danach vornehmlich die in den §§ 48, 49 KO aufgeführten, zur Absonderung im Konkurs berechtigenden Rechte erfaßt, also gesetzliche und Vertragspfandrechte sowie das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach den §§ 369, 370 HGB, Stein-Jonas-Münzberg § 805 II 1 - 4; Thomas-Putzo 5a

kung in Rechte. Dem besitzenden Pfandgläubiger stehen die Rechtsbehelfe nach § 771 bzw. § 805 alternativ offen. [405]

Wie bereits angedeutet worden ist, unterscheidet sich die dogmatische Struktur der Klage auf vorzugsweise Befriedigung in grundsätzlicher Weise von den sonstigen durch die §§ 707, 719, 732 Abs. 2, 769 erfaßten Fallgruppen. Denn hier wird weder geltend gemacht, aus materiell-rechtlichen Gründen stünde dem Gläubiger kein Vollstreckungsrecht zu, noch stehen sich auf das Vollstreckungsverfahren beziehende Fragen in Streit. Vielmehr bezieht sich § 805 erst auf die Verteilung des aus der Verwertung erlangten Erlöses.

Dem trägt der Gesetzgeber dadurch Rechnung, daß er als einzigen Inhalt einer einstweiligen Anordnung die Hinterlegung des Erlöses vorsieht. Da die Voraussetzungen und der Inhalt der Anordnung in § 805 Abs. 4 abschließend geregelt sind, kann sich die Verweisung auf die entsprechende Anwendung der §§ 769, 770 nur auf das zu beobachtende Verfahren, die Zuständigkeit sowie die Kosten richten. [406]

---

405) Stein-Jonas-Münzberg § 805 I; Thomas-Putzo 1c; Zöller-Scherübl I; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 1 A; Wieczorek A IIa 1

406) Stein-Jonas-Münzberg § 805 V; Thomas-Putzo 6. Daraus ergeben sich Komplikationen im Hinblick auf die sachliche Zuständigkeit: Zuständig für die Klage aus § 805 ist als Vollstreckungsgericht das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattgefunden hat, § 764 Abs. 1, 2, oder das übergeordnete Landgericht, § 805 Abs. 2. Für die Anordnung der Hinterlegung des Erlöses ist das Prozeß- oder aber das Vollstreckungsgericht zuständig, § 769 Abs. 1, 2. D.h. das Vollstreckungsgericht ist nach § 769 Abs. 2 zugleich Prozeßgericht, soweit der Rechtsstreit in seine sachliche Zuständigkeit fällt.

Mit diesem Verfahren ist dem vollstreckenden Gläubiger wie auch dem Dritten gedient. Das Risiko des Gläubigers, mit seinen verbrieften Rechten in der Zwangsvollstreckung nicht durchzudringen, ist durch die Verwertung der Sache und die Hinterlegung des Erlöses zwar nicht abgedeckt, da er möglicherweise aufgrund der vorrangigen Befriedigung des Dritten mit einem Teil seiner Forderung ausfällt. Doch besteht für ihn ja die Möglichkeit, den gepfändeten Gegenstand von der Vollstreckung freizugeben und sich anderweitig zu befriedigen. Besteht keine solche Möglichkeit mehr, so wird er jetzt evt. in Höhe eines Teiles seiner Forderung befriedigt.

b) Auch bei einer einstweiligen Anordnung nach § 805 Abs. 4 stellt sich das Problem der Anfechtung. Einer Untersuchung sind die dogmatische Struktur der Klage auf vorzugsweise Befriedigung wie die Interessenlage der Parteien zugrunde zu legen. An Hand dieser Kriterien soll dann die Erforderlichkeit der Zulassung einer Anfechtung einstweiliger Anordnungen beurteilt werden.

In dogmatischer Hinsicht ist beachtlich, daß das Recht des Gläubigers an sich in seinem Bestand unberührt bleibt, vielmehr nur in seinem Rang erfaßt wird. Dabei soll keineswegs verkannt werden, daß auch ein schlechterer Rang bei der Befriedigung Einbußen hinsichtlich der Sicherheit des erlangten Sicherungsmittels bedeutet. Zudem bleibt dem Gläubiger der Zugriff auf andere Vermögensgegenstände erhalten. Auch wird ihm durch die einstweilige Anordnung, die notwendig die Hinterlegung des erzielten Erlöses zum Inhalt hat, zunächst eine weitgehende Absicherung seiner schutzwürdigen Interessen gewährleistet. Denn würde der Voll-

streckungserlös/ hinterlegte Betrag seinen vollstreckbaren Anspruch auch nicht vollständig abdecken, so ist doch festzuhalten, daß der Gläubiger, hätte er die Verwertung alleine betrieben, mit großer Wahrscheinlichkeit keinen höheren Erlös und somit keine höhere Befriedigung seiner Forderung erzielt hätte. Deshalb wird mit der Klage auf vorzugsweise Befriedigung vordergründig auch nicht um die Höhe der Befriedigung, sondern um den Rang des der Befriedigung zugrunde liegenden Pfand- bzw. Vorzugsrechtes gestritten.

Dem steht gegenüber, daß der Dritte ein dem Gläubiger vorgehendes Recht an dem verstrickten Gegenstand glaubhaft gemacht hat. Dies hindert zwar die Verwertung des gepfändeten Gegenstandes nicht, doch werden die Interessen auch des Dritten auf vorrangige Befriedigung durch die Hinterlegung des Verwertungserlöses vorläufig weitgehend gesichert.

Diese Gegenüberstellung der Parteiinteressen führt der Interessenlage nach zu einer stärker gewichteten prozessualen Stellung des Dritten, die in Fortführung der bislang vertretenen Auffassung und den daraus abgeleiteten Ergebnissen zur Unzulässigkeit der Anfechtung des eine einstweilige Anordnung erlassenden Beschlusses führt.

Die so gezeichnete Bewertung der Interessen beider Parteien deutet auch schon die Zulassung der sofortigen Beschwerde gegen einen den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zurückweisenden Beschluß an. Die Zulassung der Anfechtungsmöglichkeit ist auch zur Wahrung der Interessen des Dritten erforderlich. Obwohl die Rangfolge der Pfandrechte an einzelnen Vermögens-

gegenständen bei der Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners noch ungeklärt ist, würde der Dritte näm= lich für den Fall einer nachrangigen Berücksichtigung unter Umständen - dies hängt letztlich vom erzielten Erlös ab - jeglicher Befriedigungsmöglichkeit verlustig gehen. Im Verhältnis zu anderen Gläubigern braucht der Dritte eine solche tiefgreifende Beeinträchtigung bis zur Klärung, ob er nicht doch seinen Anspruch glaub= haft machen kann, nicht hinzunehmen. Zur Entscheidung über diese Frage ist somit die Anfechtung eines zurück= weisenden Beschlusses für zulässig zu erachten.

IV. Einstweilige Anordnungen im Urteil nach § 770 ZPO

Wird auf eine Vollstreckungsgegenklage hin über die erhobenen Einwendungen durch Urteil entschieden, so räumt § 770 dem Prozeßgericht die Befugnis ein, erstmals im Urteil Anordnungen nach § 769 zu erlassen oder bereits erlassene Maßnahmen aufzuheben, abzuändern oder zu bestätigen. Ein Bedürfnis hierzu kann bestehen, um bis zur Rechtskraft des Urteiles einen Interessenausgleich in Form einer möglichst vollständigen Abdeckung des beiden Parteien obliegenden Risikos zu schaffen.

Auch in § 770 wird die Entscheidung über eine einstweilige Anordnung in das Ermessen des Gerichtes gestellt. Doch gründet sich dieses Ermessen auf andere Überlegungen als bei § 769, da ein Ausspruch über die Begründetheit der Einwendungen bereits erfolgt ist. Es gilt hier das Risiko der unterlegenen Partei abzufangen, das sie bei einer Vollstreckung oder Nichtvollstreckung zu tragen hat, solange das Urteil noch einer Nachprüfung unterzogen werden kann. Es sind somit die für den Fall der Einstellung bzw. Nichteinstellung eintretenden Nachteile gegeneinander abzuwägen.

Möglich sind grundsätzlich alle in § 769 vorgesehenen Anordnungen. Sinn haben sie jedoch nur insoweit, als die mit ihnen bezweckten Folgen nicht ohnehin kraft Gesetzes eintreten. [407] Denn wird etwa die Zwangsvollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt, so erübrigt sich eine einstweilige Einstellung der Voll-

407) Thomas-Putzo § 770 Anm. 2

streckung ohne Sicherheitsleistung, da dieselbe Wirkung ohne ausdrückliche Anordnung nach § 775 Ziff. 1 erreicht wird.

Das Gericht kann auch bereits erlassene Anordnungen aufheben, abändern oder bestätigen. Dabei kommt einer Aufhebung lediglich ein deklaratorischer Charakter zu, da die einstweiligen Anordnungen schon mit Erlaß des Urteiles ohne ausdrücklichen Ausspruch aufgehoben sind und damit keine rechtlichen Wirkungen mehr entfalten können. [408] Dagegen kommt einer Abänderung bzw. Aufrechterhaltung konstitutive Wirkung zu.

Als Teil des Urteiles unterliegt die Anordnung nicht der isolierten Anfechtung. Sie kann nur mit dem ganzen Urteil einer Überprüfung unterzogen werden. [409]

Das das Verfahren der Vollstreckungsgegenklage abschließende Urteil ist nach den allgemeinen Grundsätzen für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Der Gläubiger kann somit bis zu einer Berufungsentscheidung nicht mehr die Vollstreckung betreiben, § 775 Ziff. 1. Ohne Anordnungen nach § 770 kann er eine vorübergehende Sicherung nur durch eine aufgrund der Einlegung der Berufung, mit der ein Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung verbunden worden ist, angeordnete einstweilige Maßnahme nach § 719 Abs. 1

---

408) Stein-Jonas-Münzberg § 769 I; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 1 C; Zöller-Scherübl II 1; Thomas-Putzo 6; § 770 Anm. 2b

409) Stein-Jonas-Münzberg § 770 I; Thomas-Putzo 3; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 2

erlangen. Dies ist zwar nichts Besonderes, da der gleiche Fall eintritt, wenn durch ein Berufungsurteil das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen wird. Auch hier ist der Gläubiger zur Sicherung auf einstweilige Maßnahmen - allerdings nach § 719 Abs. 2 - angewiesen.

Gleichwohl ist die Zulassung einstweiliger Anordnungen nach § 770 auch dann sinnvoll, wenn in dem streitentscheidenden Urteil die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt worden ist. Denn in beiden Fällen, §§ 719 Abs. 1, 770, ist der Ausgangspunkt für die Beurteilung der Gläubigerinteressen ein anderer. So war bei der Berufung bzw. Revision das Urteil noch nicht rechtskräftig, der Gläubiger konnte nicht auf seinen Bestand vertrauen. Demgegenüber kann sich der Gläubiger bei der Vollstreckungsgegenklage auf die Rechtskraft des von ihm erstrittenen Titels stützen mit der Folge einer stärkeren prozessualen Stellung.

Doch erfährt dieses Vertrauen auf die Rechtskraft des Titels gerade dann erhebliche Einbußen, wenn die Vollstreckung aus diesem Titel durch das Prozeßgericht bereits für unzulässig erklärt worden ist. Denn damit wird ausgedrückt, daß sein Vertrauen eben nicht mehr schutzwürdig ist. Hieraus könnte man den Schluß ziehen, einstweilige Anordnungen nach § 770 seien für diesen Fall unzulässig.

Dies ist aber m.E. mit der gesetzlichen Regelung in § 770 nicht vereinbar. Sind für den Fall der Abweisung der Vollstreckungsgegenklage einstweilige Anordnungen zu Gunsten des Schuldners bis zur Rechtskraft zugelas-

sen, obwohl eigentlich für diese Instanz kein schutz=
würdiges Vertrauen des Schuldners mehr besteht, so
kann für den Gläubiger nichts anderes gelten. Die In=
teressen des Schuldners sind für den Fall der Abwei=
sung der Klage nicht schutzwürdiger als diejenigen des
Gläubigers für den entgegengesetzten Fall. Man wird
deshalb der Forderung des Gesetzes nachkommen und auch
dann einstweilige Anordnungen nach § 770 zulassen müs=
sen, wenn die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung
ausgesprochen worden ist.

Eine einstweilige Anordnung nach § 770 entfaltet so
lange ihre Wirkungen, bis der Gläubiger seine Beru=
fung begründet hat. Denn vorher kann eine einstweilige
Anordnung nach § 719 Abs. 1 nicht ergehen, da die Er=
folgsaussicht der Berufung nicht beurteilt werden kann.
Mit Eingang der Berufungsbegründung wird man aber da=
von ausgehen müssen, daß die Anordnung nach § 770 ihre
Wirkung verliert. Denn nunmehr kann eine Entscheidung
nach § 719 Abs. 1 ergehen. Diese wird der Gläubiger zu
beantragen haben. Ein fortdauernder Schutz nach § 770
ist nicht mehr erforderlich.

Der eigentliche systematische Bruch liegt im Bestehen
des § 770 und wurde damit vom Gesetzgeber vollzogen,
weil dieser nach der Vereinfachungsnovelle die einzige
gesetzliche Grundlage für einstweilige Anordnungen dar=
stellt, die deren Erlaß nicht von der Beurteilung der
Erfolgsaussicht eines Rechtsbehelfes abhängig macht.

5. Kapitel Sonstige Fälle einstweiliger Anordnungen in der Zwangsvollstreckung

§ 10 Die Aussetzung der Vollziehung nach § 620e ZPO

I. Die geschichtliche Entwicklung - Die Regelung einstweiliger Anordnungen in Ehesachen erfuhr durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG) [410] eine vollständige Neugestaltung. Die §§ 620 ff. n.F. folgten den §§ 627, 627b a.F. nach.

Im Laufe der Entwicklung der Zivilprozeßordnung unterlag § 627 a.F. - der einstweilige Anordnungen für die Dauer des Rechtsstreites erfaßte - mehrfach einschneidenden Änderungen. Herausgegriffen sei etwa die Neufassung durch § 39 der 1.DVO zum EheG vom 22.7.1938 (RGBl. I S. 923). Durch sie wurde der Satz herausgenommen, daß der Unterhalt der Ehegatten "im Wege der einstweiligen Verfügung nach Maßgabe des § 1361 BGB" zu regeln sei. Daraus entspann sich dann der Streit - der bis in die heutige Zeit andauert -, ob sich das Gericht bei seinen Anordnungen nach § 627 a.F. im Rahmen des materiellen Rechtes bewegen müsse. [411]

---

410) vom 14.6.1976 (BGBl. I S. 1421, 1445 ff.)

411) dazu Staud, Die einstweiligen Anordnungen in Ehesachen, DJ 38, 1412 ff.; Wilts, Der Ehegattenunterhalt nach § 627 ZPO, NJW 67, 428 ff.; Leipold 152 ff.; 155 f.; 156 ff.; 161 ff.; Stein-Jonas-Schlosser § 620 Rdnr. 6, 8, 9, 11; zu § 620 n.F. siehe auch unten S. 249 f.

Durch § 620 n.F. werden neben den bislang bereits nach § 627 n.F. zulässigen Regelungen - Getrenntleben der Ehegatten, gegenseitiger Unterhalt sowie der der Kinder, Prozeßkostenvorschuß, Personensorge über gemeinsame Kinder - noch weitere Rechtsbereiche einer einstweiligen Anordnung zugeführt, nämlich die elterliche Gewalt, das Verkehrsrecht mit gemeinschaftlichen Kindern, die Herausgabe des Kindes sowie die Benutzung von Ehewohnung und Haushalt. Auch das Verfahren wurde in den §§ 620a ff. n.F. neu geregelt, wobei teilweise den Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur Rechnung getragen worden ist, etwa bei den Regelungen über die Aufhebbarkeit und Abänderbarkeit von Entscheidungen sowie über die Aussetzung von deren Vollziehbarkeit. [412]

Der vormalige § 627b a.F. gab dem Gericht die Möglichkeit, im Falle der Scheidung oder der Aufhebung der Ehe den Unterhaltsanspruch der Ehegatten untereinander für die Zeit nach der Rechtskraft des Urteiles bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Unterhalt einstweilen durch Beschluß zu regeln. Nach der Novellierung werden auch diese Fälle von § 620 n.F. erfaßt. [413] Insbesondere auch in Scheidungsverfahren kann ein Bedürfnis nach einer solchen Anordnung bestehen, da die Unterhaltsansprüche zwischen den Ehegatten nicht zu den notwendigen Folgesachen gehören, § 623 Abs. 3 n.F..

---

412) zum vormaligen Rechtszustand siehe Stein-Jonas-Schlosser (19) § 627 V 5, 6; Wieczorek D Ic; Baumbach-Lauterbach-Albers (34) 10 E; Rosenberg-Schwab (11) § 168 I 7, II 7, 8 jeweils m.w.N.

413) Stein-Jonas-Schlosser § 620 Rdnr. 1; § 620f Rdnr. 1

Durch das 1.EheRG erfuhr auch der Problemkreis der Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen in bezug auf die Vollstreckung aus Anordnungen nach § 620 eine eigenständige Regelung, [414] die der besonderen Interessenlage der Parteien gerade in diesen Fällen Rechnung trägt. Die Zulassung der Aussetzung der Vollziehung in § 620e n.F. stellt eine spezialgesetzliche Regelung dar, durch die dem Gericht grundsätzlich die Möglichkeit verwehrt wird, hinsichtlich der Voraussetzungen und Rechtsfolgen von einstweiligen Anordnungen auf das Rechtsinstitut des § 707 zurückzugreifen. Möglich wird es aber sein, bezüglich einzelner Fragen unter Beachtung der besonderen Interessenlage im Eheverfahren die Wertungen des § 707 im Rahmen des § 620e mit der entsprechenden Behutsamkeit zur Geltung zu bringen. [415]

II. Ist ein Verfahren in Ehesachen [416] anhängig, so ergeben sich daraus in aller Regel Spannungen in den zwischenmenschlichen Beziehungen der Ehepartner, die auf der gegensätzlichen Interessenlage der Parteien sowie auf deren psychologischer Belastung beruhen. Es kann deshalb erforderlich sein, bestimmte Bereiche, die im Brennpunkt der Konfrontation stehen, einer einstweiligen Regelung zuzuführen. Es handelt sich dabei v.a. um das Verhältnis der Ehegatten zu ihren Kindern, um Unterhaltsfragen samt Prozeßkostenvorschuß und um den Lebensbereich der Ehegatten. [417] Gegen eine einst-

---

414) zum Rechtszustand vor dem 1.EheRG vgl. für § 627 a.F. Stein-Jonas-Schlosser (19) § 627 V 4b a.E.; Stein-Jonas-Grunsky § 572 Rdnr. 5; für § 627b a.F. siehe Stein-Jonas-Schlosser (19) § 627b IV 5 pr.; VI 4 m.w.N.; Thomas-Putzo (8) 7, 8a

415) vgl. dazu ausführlich unten S. 251 ff.

416) vgl. dazu § 606 Abs. 1 n.F.

417) vgl. im einzelnen die Aufzählung in § 620 Ziff. 1 - 9

weilige Anordnung nach § 620 ist dem dadurch belasteten Partner in verschiedenster Weise Rechtsschutz eröffnet. So kann er einen Antrag auf Aufhebung oder Abänderung der einstweiligen Anordnung, § 620b Abs. 1, bzw. auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, § 620b Abs. 2, stellen. Auch ist eine sofortige Beschwerde zulässig, sofern die Anordnung die elterliche Gewalt eines gemeinschaftlichen Kindes, die Herausgabe des Kindes an den anderen Elternteil oder die gänzliche Zuweisung der Ehewohnung an einen Ehegatten zum Inhalt hat, § 620c. Trotz der Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung gerade für diese Bereiche kann bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf die Vollziehung der einstweiligen Anordnung ausgesetzt werden.

III. Wird ein entsprechender Antrag gestellt, dann kann das Gericht die einstweilige Anordnung aufheben bzw. abändern.[418] Wurde der Aufhebungs- bzw. Abänderungsbeschluß ohne vorhergehende mündliche Verhandlung erlassen, so ist diese auf Antrag durchzuführen, § 620b Abs. 2. Hinsichtlich der in § 620c Satz 1 aufgeführten Angelegenheiten ist die sofortige Beschwerde gegeben, soweit die einstweilige Anordnung nach mündlicher Verhandlung erlassen wurde. Gleichwohl behält das Gericht seine Abänderungsbefugnis nach § 620b Abs. 1, da dieser eine Sondervorschrift gegenüber § 577 Abs. 3 darstellt.[419]

Die ausdrückliche Regelung der Abänderungsbefugnis

---

418) In den Fällen des § 620b Abs. 1 Satz 2 kann die Aufhebung bzw. Abänderung jedoch auch von Amts wegen erfolgen.

419) Stein-Jonas-Schlosser § 620b Rdnr. 2

des anordnenden Gerichtes in § 620b stellt die Fest=schreibung eines allgemeinen Grundsatzes dar, [420] die wegen § 577 Abs. 3 gleichwohl erforderlich war, da § 620c in gewissen Angelegenheiten die sofortige Be=schwerde als das einschlägige Rechtsmittel vorsieht. Die Wirksamkeit der einstweiligen Anordnung tritt mit einer anderweitigen rechtskräftigen Entscheidung oder jeder Beendigung des Hauptverfahrens außer Kraft, § 620f.

IV. Die einstweilige Anordnung nach § 620, die selbst nur innerhalb des Verfahrens in der Hauptsache ergeht und sich - im Gegensatz zum Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, §§ 916 ff., das selbständig und vom Hauptverfahren weitgehend unabhängig ist - als Teil dessen darstellt, [421] kann ihrer Vollziehbarkeit vor=übergehend durch die Aussetzung der Vollziehung [422] be=raubt werden, § 620e.

Diese dogmatische Gestaltung der Aussetzung der Voll=ziehung einer einstweiligen Anordnung weicht insofern von den vorhergehenden Sachgestaltungen ab, als es dort immer um eine Überprüfung der Entscheidung in der Haupt=sache ging, und zwar in diesem Sinne auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes wegen dessen Loslösung vom Verfahren in der Hauptsache. Hier geht es dagegen lediglich um die Überprüfung einer im Rahmen des Ver=fahrens in der Hauptsache ergangenen Entscheidung, die der zweckentsprechenden und sachdienlichen Fortführung

---

420) Hahn Materialien I 427; Rosenberg-Schwab § 60 II 2; Stein-Jonas-Schlosser § 620b Rdnr. 1

421) vgl. etwa § 620g

422) zur Terminologie vgl. Stein-Jonas-Schlosser § 620e Rdnr. 1

dessen dienen soll. Mit der Zulassung der Aussetzung der Vollziehung in § 620e gleicht der Gesetzgeber die verfahrensrechtliche Regelung der für die vormalige Rechtslage entwickelten herrschenden Auffassung an.[423, 424] Sieht man jedoch davon ab, daß es sich um die Einstellung der Vollziehung einer Anordnung innerhalb des Hauptverfahrens handelt, so gleicht die dogmatische Struktur derjenigen in den anderen Fällen: trotz der Anfechtung des Vollstreckungstitels behält dieser seine Vollstreckbarkeit, die durch die Einlegung eines Rechtsbehelfes nicht gehemmt wird.

Die Rechtsnatur eines Vollstreckungstitels wird den nach den §§ 620, 620b ergangenen einstweiligen Anordnungen durch § 794 Abs. 1 Ziff. 3a beigemessen, und zwar auch hinsichtlich der Anordnungen mit nicht vollstreckbarem Inhalt - elterliche Gewalt, Ziff. 1, persönlicher Verkehr, Ziff. 2, Getrenntleben, Ziff. 5, Benutzung der Ehewohnung und des Hausrates, Ziff. 7, § 2 HausratsVO -, die aufgrund ihrer Gestaltungswirkung keiner Vollziehung bedürfen, aber Vollstreckungswirkungen im weiteren Sinne zeitigen,[425] bzw. die im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durchzusetzen sind (etwa die Herausgabe eines Kindes an den anderen Elternteil, § 1632 Abs. 2 BGB). Hinsichtlich

---

423) zur Rechtslage vor dem 1.EheRG vgl. die Literaturhinweise oben S. 243 Fußn. 414

424) BTDrucksache 7/650 S. 201 spricht davon, es werde klargestellt, "daß das Gericht vor seiner Entscheidung über die Aufhebung oder Änderung einer einstweiligen Anordnung die Vollziehung der angegriffenen Maßnahme aussetzen kann."

425) dazu Stein-Jonas-Münzberg vor § 704 Rdnr. 51; Schönke-Baur § 11 V

der weiteren Anordnungen - Unterhaltsleistungen, Ziff. 3 und 6, Herausgabe von Gegenständen, Ziff. 8, Prozeßkostenvorschuß, Ziff. 9, aber auch der Benutzung der Ehewohnung und des Hausrates, Ziff. 7, § 2 HausratsVO - bestehen Vollstreckungswirkungen im engeren Sinne, da der Titel insoweit einen der Vollstreckung fähigen Inhalt hat. [426]

V. Zu der den anderen Fallgruppen gleichen Interessenlage zwischen den Parteien kommt ein stärkeres öffentliches Interesse der Allgemeinheit an der Vollziehung hinzu, das sich aus dem in Art. 6 GG gewährleisteten Schutz der Familie, einschließlich des Schutzes der einzelnen Familienmitglieder bei deren Abwicklung, und dem Fürsorgecharakter einzelner Angelegenheiten ableitet. Trotzdem kann den Schuldnerinteressen nach der gesetzlichen Regelung ein Vorrang hinsichtlich der Aussetzung zukommen.

Da die Aussetzung in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist, ist auch hier eine Abwägung der Interessen der Parteien vorzunehmen, die nicht schon in den gesetzlichen Wertungen zum Ausdruck gekommen sind. Weiter wird zu untersuchen sein, inwieweit die Interessen des Kindes in die Interessenabwägung hinsichtlich solcher Anordnungen einzubeziehen sind, die dieses selbst betreffen.

Es stellt sich auch in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes einer Über-

---

426) Stein-Jonas-Schlosser § 620a Rdnr. 10

prüfung unterzogen werden muß. Für die Beantwortung bedarf es einer differenzierten Betrachtungsweise, die sich an den verfahrensrechtlichen Unterschieden auszurichten hat. In einer einstweiligen Anordnung nach § 620 werden regelmäßig solche rechtlichen Beziehungen der Parteien einer Regelung unterzogen, die in der Hauptsache in Ehesachen nicht anhängig sein müssen, wohl aber anhängig sein können. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als in Scheidungsverfahren die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind eine sog. notwendige Folgesache darstellt, d.h. daß darüber grundsätzlich im Verbund eine Entscheidung herbeizuführen ist, § 623 Abs. 3 Satz 1 Fall 1.

Dies führt dazu, daß alle diejenigen Angelegenheiten, die als Folgesache eines Scheidungsverfahrens anhängig gemacht oder kraft Gesetzes anhängig sind, bei der Interessenabwägung einer Überprüfung auf die Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes zu unterziehen sind, die sich am Sachstand des jeweiligen Hauptverfahrens auszurichten hat, d.h. an der danach voraussichtlich endgültigen Entscheidung. In anderen Ehesachen und in Scheidungssachen, in denen keine Folgesachen anhängig sind, ist bei der Entscheidung über die Aussetzung ebenso die Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes zu berücksichtigen, jetzt aber, mangels anderweitiger Anhaltspunkte, notwendig auf die einstweilige Anordnung selbst bezogen.

Weiter wird die Dringlichkeit der jeweiligen Entscheidung für die Ehepartner einzubeziehen sein. Dies wird insbesondere in den Angelegenheiten zu gelten haben, die Unterhaltsleistungen, Prozeßkostenvorschuß, die Benutzung der Ehewohnung und des Hausrates sowie

die Herausgabe oder die Benutzung der zum persönlichen Gebrauch eines Ehegatten oder eines Kindes bestimmten Sachen betreffen. Denn in diesen Fällen kann die Aussetzung der Vollziehung dem Berechtigten seine Existenzgrundlage schmälern oder entziehen. Vor diesem Hintergrund stellt sich dann die Frage, ob bei den einstweiligen Anordnungen nach § 620 das Gericht in seinen inhaltlichen Regelungen an das materielle Recht gebunden ist, oder ob es in seiner Regelungsgewalt völlig unabhängig davon durch die Anordnung selbst - allerdings befristet - materielles Recht setzen kann. Denn ist das Gericht den materiellen Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches unterworfen, so kann bei der Entscheidung über die Aussetzung der Vollziehung nicht an der materiellen Rechtslage vorbeigegangen werden, gleichviel, welches existentielle Bedürfnis des Berechtigten vorliegt. D.h. die Dringlichkeit kann dann nur insoweit berücksichtigt werden, als die daraus gezogene Folgerung mit dem materiellen Recht übereinstimmt. Ist das Gericht dagegen in der inhaltlichen Gestaltung frei und an das materielle Recht nicht gebunden, so kann die Bedürftigkeit auch bei der Interessenabwägung des § 620e eine entscheidende Rolle spielen.

Diese bereits für § 627 a.F. umstrittene Frage erfuhr durch die Vereinfachungsnovelle keine Klärung.[427] Es wird jedoch davon auszugehen sein, daß das Gericht eine summarische Prüfung des materiellen Rechtes durch-

---

427) Stein-Jonas-Schlosser § 620 Rdnr. 2

führen muß.[428, 429]

Es bleibt somit als Ergebnis festzuhalten, daß die Bedürftigkeit bei der Interessenabwägung als Regulativ nur im Falle des § 620 Ziff. 8 zu berücksichtigen ist, in den anderen Angelegenheiten diese aber kein Rolle spielen kann, da sich das Gericht an der materiell-rechtlichen Regelung auszurichten hat. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, die Bedürftigkeit dann zu berücksichtigen, wenn sie Voraussetzung der materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage ist, etwa bei § 1361 BGB.

Damit ist auch zugleich die Frage nach einer Berücksichtigung der Interessen des Kindes beantwortet, soweit in der einstweiligen Anordnung eine Regelung hinsichtlich der elterlichen Gewalt und des persönlichen Verkehrs getroffen worden ist. Denn das materielle Recht legt für diese Angelegenheiten als Voraussetzung einer Regelung das Wohl des Kindes zugrunde, etwa §§ 1634 Abs. 2, 1671 Abs. 2, 1672 BGB. Die Interessen des Kindes fließen somit bereits als Tatbestandsmerkmal in die Betrachtung mit ein und haben demzufolge auch bei

---

428) mit Ausnahme bei der Herausgabe oder Benutzung der zum persönlichen Gebrauch eines Ehegatten oder eines Kindes bestimmten Sachen, die mangels materiell-rechtlicher Grundlagen schlicht rechtsgestaltenden Charakter haben, es sei denn, hinter der Anordnung stünden materiell-rechtliche Wertungen, dazu Stein-Jonas-Schlosser § 620 Rdnr. 10.

429) Leipold a.a.O. (S. 161 ff. zu § 19 HausratsVO, jetzt § 1361a BGB); Stein-Jonas-Schlosser § 620 Rdnr. 6, 8, 9, 11; vgl. in diesem Zusammenhang auch Stürner, Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten, JZ 76, 384 ff., der den Sorgfaltspflichten zwar keinen materiell-rechtlichen Erfüllungsanspruch korrespondieren läßt, gleichwohl aber eine einstweilige Verfügung zur Sicherung ihrer Erfüllung befürwortet, S. 390 f..

der Beurteilung der Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes entscheidendes Gewicht. [430]

VI. In § 620e ist dem Gericht die Möglichkeit eröffnet, die Vollziehung der einstweiligen Anordnung auszusetzen. Unklar ist nach dem Gesetzeswortlaut, ob das Gericht auf die schlichte Aussetzung beschränkt bleibt, oder ob es auch andere Maßnahmen anordnen kann. Auch die amtliche Begründung sagt darüber im einzelnen nichts aus. [431]

Für § 627 a.F. war durch die Analogie zu § 707 klargestellt, daß auch in diesem Zusammenhang die dort zulässigen Anordnungen möglich sein sollten. Einer solchen Ähnlichkeit des § 620e mit § 707 wird offensichtlich von Schlosser [432] das Wort geredet, wenn er die Terminologie "Aussetzung" beanstandet und meint, es hätte vielmehr von einer einstweiligen Einstellung gesprochen werden müssen. Dementsprechend zieht er aus dem dem Gericht eingeräumten Ermessensspielraum den Schluß, daß neben einer unbeschränkten Einstellung auch eine solche unter anderen Modalitäten zulässig sein muß. Demgegenüber wird aber auch betont, [433] das Gericht sei auf die bloße Aussetzung beschränkt.

---

430) vgl. in diesem Zusammenhang das am 1.1.1980 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18.7.1979 (BGBl. I S. 1061) mit teilweise neuer Terminologie, so etwa elterliche Sorge für elterliche Gewalt. Zur Neuregelung siehe Diederichsen, Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 80, 1 ff..

431) BTDrucksache 7/650 S. 201

432) Stein-Jonas-Schlosser § 620e Rdnr. 1

433) Thomas-Putzo § 620e Anm.; Baumbach-Lauterbach-Albers 2

Eine Lösung dieses Problems kann nur vor dem Hintergrund eines Vergleiches der verschiedenen Regelungsinhalte sowie der zugrunde liegenden Interessen gefunden werden. In § 707 werden alle Urteilsarten erfaßt, also solche, die Vollstreckungswirkungen im engeren Sinne zeitigen (Leistungsurteile), wie auch solche, denen nur Vollstreckungswirkungen im weiteren Sinne zukommen,[434] also Feststellungs- und Gestaltungsurteile. Auch einstweilige Anordnungen nach § 620 können Regelungen treffen, die einen Leistungsbefehl beinhalten, so die Herausgabe eines Kindes an den anderen Elternteil, Ziff. 3, die Unterhaltspflicht gegenüber einem Kinde im Verhältnis der Ehegatten untereinander, Ziff. 4, den Unterhalt eines Ehegatten, Ziff. 6, die Benutzung der Ehewohnung und des Hausrates, Ziff. 7,[435] die Herausgabe oder die Benutzung der zum persönlichen Gebrauch eines Ehegatten oder eines Kindes bestimmten Sachen, Ziff. 8, die Verpflichtung zur Leistung eines Prozeßkostenvorschusses, Ziff. 9. Andererseits unterliegen ihm aber auch bloß rechtsgestaltende Regelungen - die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind, Ziff. 1, der persönliche Verkehr des nicht sorgeberechtigten Elternteiles mit dem Kinde, Ziff. 2, das Getrenntleben der Ehegatten, Ziff. 5, aber auch die Benutzung der Ehewohnung und des Hausrates, Ziff. 7. Erfassen somit beide Regelungen Titel sowohl der einen wie der anderen Rechtsnatur, so spricht dies grundsätzlich für eine Angleichung des § 620e an § 707 in bezug auf die zulässigen Anordnungsinhalte.

---

434) Stein-Jonas-Münzberg vor § 704 Rdnr. 51

435) Anordnungen nach den §§ 18a HausratsVO, 1361a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB können auch die Herausgabe von Gegenständen beinhalten, Stein-Jonas-Schlosser § 620 Rdnr. 9

Doch wird den Besonderheiten der mit einstweiligen Anordnungen nach § 620 geregelten Angelegenheiten Rechnung zu tragen sein. So sind zwar die rechtsgestaltenden Anordnungen einer Aussetzung der Vollziehung, wohl kaum aber einer solchen gegen Sicherheitsleistung zugänglich. Denn die Auferlegung einer Sicherheitsleistung hat nur dann einen Sinn, wenn ein wertmäßig bezifferbares Risiko abgedeckt werden soll. Steht jedoch nur die Gestaltung eines Rechtsverhältnisses an, das zwar nicht ausschließlich - von der elterlichen Gewalt wird auch die Vermögensfürsorge nach §§ 1638 ff. BGB erfaßt -, so doch überwiegend persönliche Beziehungen betrifft, und spielen zudem ganz konkrete Gesichtspunkte der Vermögensfürsorge in diesem Zusammenhang kaum je eine Rolle, so kann ein solches Interesse der Parteien auch nicht beziffert werden. In diesen Fällen kann somit nur eine schlichte Einstellung möglich sein.

Grundsätzlich anders verhält es sich bei Anordnungen, die einen Leistungsbefehl beinhalten. Bei ihnen läßt sich auch das Interesse der Parteien - mit Ausnahme der Anordnung auf Herausgabe eines Kindes, Ziff. 3 - [436] ziffernmäßig feststellen, so daß die Festsetzung einer Sicherheitsleistung möglich ist. In diesen Fällen kann somit das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen die Aussetzung auch gegen die Leistung einer Sicherheit verfügen.

Etwas anderes wird lediglich bei der Anordnung auf

---

436) die im übrigen in diesem Zusammenhang auch nicht nach der ZPO, sondern nach § 33 FGG durchgesetzt wird.

Herausgabe eines Kindes an den anderen Elternteil zu gelten haben. Zwar richtet sich die Aussetzung auch hier nach § 620e, der seinem Wortlaut entsprechend alle Anordnungen nach § 620 erfaßt, obwohl diese Anordnung nach § 33 FGG vollstreckt werden muß. Doch läßt sich hier das Interesse der Eltern nicht wertmäßig darstellen. Zudem liegt das abzusichernde Risiko - wenn ein solches überhaupt angenommen werden kann - bei dem Kinde begründet. Auch in diesem Fall bleibt das Gericht somit auf eine schlichte Aussetzung beschränkt.

VII. Eine Anfechtbarkeit der Aussetzung nach § 620e wird überwiegend abgelehnt.[437] Die amtliche Begründung zum 1.EheRG sagt hierzu nichts aus.[438]

Eine Beurteilung der Zulässigkeit einer Anfechtung allein auf der Grundlage der Stellung der Parteien, wie sie in den bisherigen Erörterungen zugrunde gelegt worden ist, stößt hier auf Zweifel. Denn wie bereits dargelegt worden ist, erlangen bei den Anordnungen nach § 620 die Gedanken des Schutzes der Familie durch Art. 6 GG sowie der Fürsorge durch die Allgemeinheit eine besondere Bedeutung, angesichts derer den Parteiinteressen nicht die allein maßgebliche Bedeutung zukommt.

Bei der Ausübung des Ermessens durch das Gericht in § 620e ist somit im Rahmen der Interessenabwägung auch auf diese Umstände Bedacht zu nehmen. Doch erlangen sie hier, also bei der Aussetzung der Vollziehung, im Ge=

---

437) Stein-Jonas-Schlosser § 620e Rdnr. 2; Baumbach-Lauterbach-Albers 2; Thomas-Putzo Anm.

438) BTDrucksache 7/650 a.a.O.

gensatz zu § 620 bei der einstweiligen Anordnung nur untergeordnete Bedeutung in dem Sinne, daß beiden Parteien ein Existenzminimum gewährleistet sein muß. Ansonsten stehen grundsätzlich die Parteiinteressen im Vordergrund. Nach dieser Betrachtung gleicht hier die Stellung der Parteien grundsätzlich derjenigen bei § 707, so daß auch hier ein Ausschluß der Anfechtbarkeit gerechtfertigt erscheint.

Allerdings wird man auch in diesem Zusammenhang eine Ausnahme für die Geltendmachung von Ermessensfehlern in dem Umfange machen können, wie sie für § 707 befürwortet worden ist. Dies ist hier besonders wichtig, weil die Interessenabwägung aufgrund der Berücksichtigung öffentlicher Belange, die auch im Dienste der Parteien stehen, gewissermaßen dreidimensional zu erfolgen hat und daher für Fehler, die doch zu ganz einschneidenden Wirkungen für die Parteien führen können, anfällig erscheint.

§ 11 Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen, §§ 104 Abs. 3 Satz 4, 107 Abs. 3 ZPO, 19 Abs. 2 Satz 4 BRAGebO

I. Die Pflicht zur Tragung der Kosten, die aufgrund eines gerichtlichen Verfahrens entstanden sind, wird regelmäßig unter Zugrundelegung der §§ 91 ff. im Urteil bzw. in einem Kostenbeschluß, § 91a, ausgesprochen. Dieser Kostenausspruch betrifft jedoch nur das Innenverhältnis der Parteien zueinander, ändert aber nichts daran, daß im Außenverhältnis, also gegenüber dem Gericht bzw. dem Rechtsanwalt, derjenige, der nach dem Urteil die Kosten nicht zu tragen braucht, schuldrechtlich zur Tragung dieser Kosten dennoch verpflichtet bleibt. Bezüglich der Gerichtskosten ergibt sich dies für denjenigen, der Klage erhoben bzw. sonst das Verfahren beantragt hat, aus § 49 Satz 1 GKG, gegenüber dem Rechtsanwalt folgt dies schon aus dem privatrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrag.

Wurden von einer Partei bereits Prozeßkosten beglichen, etwa ein Prozeßkostenvorschuß entrichtet, und wurde im Urteil der Gegenpartei die Tragung der Prozeßkosten auferlegt, so bedarf der Leistende zur Rückerstattung vom Kostenschuldner eines Vollstreckungstitels, § 103 Abs. 1, den er mit dem Kostenfestsetzungsbeschluß erlangt, § 794 Abs. 1 Ziff. 2. Dieser Kostenfestsetzungsbeschluß ergeht durch den Rechtspfleger, § 21 Abs. 1 Ziff. 1 RPflG, und unterliegt der Anfechtung mit der Erinnerung nach den §§ 21 Abs. 2 RPflG, 104 Abs. 3 ZPO. Da die Erinnerung keine aufschiebende Wirkung zeitigt, steht dem Gericht die Befugnis zu, die

Vollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluß auszusetzen, § 104 Abs. 3 Satz 4. Gleiches gilt für die Festsetzung der Gebühren des Rechtsanwaltes, § 19 Abs. 2 Satz 4 BRAGebO.

In § 107 wird der Fall geregelt, daß erst nach Erlaß eines Kostenfestsetzungsbeschlusses der Wert des Streitgegenstandes vom Gericht durch Beschluß, § 25 GKG, abweichend von dem dem Kostenfestsetzungsbeschluß zugrunde gelegten Wert festgesetzt worden ist. Hier ändert der Rechtspfleger gemäß § 21 Abs. 1 Ziff. 1 RPflG den Kostenfestsetzungsbeschluß ab. Legt der Schuldner Erinnerung gegen den abändernden Beschluß ein, so kann nach den §§ 107 Abs. 3, 104 Abs. 3 Satz 4 dessen Vollziehung ausgesetzt werden. Eine solche Abänderung des Kostenfestsetzungsbeschlusses gemäß § 107 ist selbst noch nach dessen Rechtskraft zulässig. [439]

Die rechtliche Konstruktion kompliziert sich durch das Nebeneinander von Urteil und Kostenfestsetzungsbeschluß. Das Urteil regelt verbindlich die Pflicht der Parteien zur Tragung der Kosten des Rechtsstreites. Der Kostenfestsetzungsbeschluß bestimmt lediglich die Höhe der Kosten und stellt somit nur eine Konkretisierung des Urteiles dar. Vollstreckungstitel ist jedoch allein der Kostenfestsetzungsbeschluß. [440] Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Nach § 794 Abs. 1 Ziff. 2

---

439) OLG München JurBüro 70, 527; 73, 774 = RPfleger 258; Stein-Jonas-Leipold § 107 Rdnr. 1; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 1; Thomas-Putzo Anm.

440) im Ergebnis ebenso Zöller-Mühlbauer § 104 Anm. 1g

findet die Zwangsvollstreckung auch aus Kostenfest=setzungsbeschlüssen statt. In § 103 ist bestimmt, daß der Anspruch auf Kostenerstattung nur aufgrund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend ge=macht werden kann. Das Gesetz unterscheidet somit zwischen dem Vollstreckungstitel, in dem die Kosteh=tragungspflicht geregelt ist, und der zur gerichtlichen Herbeiführung des Kostenfestsetzungsbeschlusses in einem vereinfachten Verfahren berechtigt, und dem Kostenfestsetzungsbeschluß als Vollstreckungstitel über den konkret zu erstattenden Betrag. Dies wird auch dadurch bestätigt, daß der Kostenfestsetzungsbe=schluß seinerseits wieder einer Kostenentscheidung für das Kostenfestsetzungsverfahren sowie einer Vollstrek=kungsklausel [441] bedarf. Und bei der Aussetzung der Vollziehung des Kostenfestsetzungsbeschlusses bleibt zwar die im Urteil ausgesprochene Kostentragungspflicht unberührt, wohl kann aber hinsichtlich dieser Kosten nicht gegen den Kostenschuldner vollstreckt werden.

II. Wurde Erinnerung gegen einen Kostenfestsetzungs=beschluß eingelegt, so ist bei der Ermessensbildung des Rechtspflegers bzw. des Richters hinsichtlich einer Aussetzung der Zwangsvollstreckung regelmäßig eine sorgfältige Abwägung erforderlich, inwieweit ein schützenswertes Interesse des Schuldners an einer sol=chen einstweiligen Maßnahme besteht. So kann die Zwangs=vollstreckung etwa dann nicht ausgesetzt werden, wenn der Kostengläubiger selbst Erinnerung eingelegt hat, weil z.B. von ihm geleistete Kostenzahlungen in der Kostenfestsetzung nicht berücksichtigt worden sind, da

---

441) vgl. dazu etwa Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 104 Anm. 2 B, C; Zöller-Mühlbauer 1b cc; 1g

dann kein Interesse des Schuldners gegeben ist, ihn von der Vollstreckung zu verschonen. Bei einer Erinnerung des Schuldners ist besonders zu berücksichtigen, daß die Kostentragungspflicht durch das Urteil feststeht, es also im Erinnerungsverfahren nach § 104 Abs. 3 nur um die Höhe der zu erstattenden Kosten gehen kann. Daraus folgt, daß mit der Anfechtung des Kostenfestsetzungsbeschlusses nicht erreicht werden kann, daß der Kostenschuldner überhaupt nichts zu leisten braucht. Deshalb kommt ihm auch regelmäßig kein schützenswertes Interesse an einer gänzlichen Aussetzung der Vollstreckung zu, sondern lediglich an einer nur teilweisen.

Es erscheint zweifelhaft, ob dennoch eine Aussetzung hinsichtlich des ganzen Kostenfestsetzungsbeschlusses möglich ist, um eine Vereinfachung des Verfahrens herbeizuführen, bzw. weil mit der Einstellung, die sich ja nur auf die Vollstreckung in bezug auf die Kosten beziehen kann, nur eine im Verhältnis zur Vollstreckung in der Hauptsache geringe Beschwer gezeitigt wird.

III. Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann sich das Gericht nur zwischen einer Einstellung oder einer weiteren Vollstreckung entscheiden. Doch stellt sich auch hier die Frage, ob nicht auch andere Anordnungen möglich sind, daß etwa die Vollstreckung nur gegen die Leistung einer Sicherheit [442] stattfinden soll.

---

442) so Stein-Jonas-Leipold § 104 Rdnr. 69 a.E., die ausführen, diese minder weitreichende Maßnahme müsse zulässig sein, um eine Art Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einzuführen.

Wie bereits bei der Darstellung der Parteiinteres=
sen ausgeführt worden ist, muß jedenfalls eine Teil=
aussetzung möglich sein. Die erinnernde Partei wendet
sich in der Regel nicht gegen die betragsmäßige Fest=
setzung im Ganzen, sondern lediglich gegen einzelne
Posten des Kostenfestsetzungsbeschlusses, sei es hin=
sichtlich deren Höhe, sei es, daß diese überhaupt
festgesetzt worden sind. Deshalb kann dem Schuldner
kein schützenswertes Interesse an einer Aussetzung in
bezug auf den nicht angefochtenen Betrag zukommen.

Fraglich ist jedoch, ob man - entgegen dem Gesetzes=
wortlaut - etwa auch eine Aussetzung nur gegen Sicher=
heitsleistung für zulässig erachten muß. Zwar erfaßt
die Ausgleichspflicht gegenüber der anderen Partei
aufgrund des Kostengrundausspruches im Titel und dem
Ansatz im Kostenfestsetzungsbeschluß lediglich die
außergerichtlichen Kosten (in der Regel die Gebühren
eines Rechtsanwaltes) sowie evt. verauslagte gericht=
liche Kosten. Doch ist zu beachten, daß auch diesen
Kosten im Vergleich zum Wert der Hauptsache ein nicht
unbeträchtliches Gewicht beizumessen ist. Der Kosten=
gläubiger hat somit ein Interesse, sich aus dem Kosten=
festsetzungsbeschluß auch befriedigen zu können. Die=
sem Interesse kommt auch ein starkes Gewicht zu, bleibt
doch die Verpflichtung des Schuldners zur Kostentragung
unangefochten. Durch die schlichte Aussetzung würden
diese Interessen aber oft nicht berücksichtigt. Dies
ist namentlich dann der Fall, wenn ein nicht uner=
heblicher Betrag von der Erinnerung erfaßt wird. In
Anlehnung an die Wertgrenze für die Anordnung einer
Vollstreckungsabwendungsbefugnis nach § 711 (§§ 713,
511a) wird man diese bei 500,-- DM festsetzen können.
Im übrigen wird auch in diesem Zusammenhang die Ver=
hältnismäßigkeit der Anordnung unter der Berücksich=

tigung der Interessen beider Parteien in die Ermessensbildung mit einzufließen haben.

Durch die Festlegung einer Wertgrenze wird aber zugleich ausgedrückt, daß es im Grundsatz bei einer einfachen Aussetzung bleiben muß. Dies ist eine Folge aus der vereinfachten Kostenfestsetzung durch den Rechtspfleger, § 21 Abs. 1 Ziff. 1 RPflG, die beim Kostengläubiger - zumindest nach der Vorstellung des Gesetzgebers - ein geringeres Vertrauen in die Richtigkeit des Titels begründet, als dies ein vom Richter erlassener Titel zu erzeugen vermag.

Dieser Umstand der relativen Ungeklärtheit der Rechtslage in einem Verfahren vor dem Rechtspfleger mit der Folge eines schwächeren Vertrauensschutzes des Kostengläubigers bedingt auch die Unzulässigkeit einer weiteren in § 707 Abs. 1 aufgeführten Maßnahme, nämlich der Fortführung der Vollstreckung gegen die Leistung einer Sicherheit durch den Kostengläubiger. Unter diesem Gesichtspunkt wird man aber die Aufhebung bereits durchgeführter Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung dann zulassen müssen, wenn die o.a. Wertgrenze überschritten und das Risiko des Gläubigers durch die Sicherheit in vollem Umfange abgedeckt wird.

IV. Übereinstimmend wird in der Rechtsprechung und Literatur die Anfechtbarkeit einer einstweiligen Anordnung nach § 104 Abs. 3 Satz 4 verneint. [443] Dies wird

---

443) OLG Saarbrücken NJW 67, 987 (L); OLG Celle RPfleger 69, 310 (L); KG JurBüro 67, 79; NJW 71, 473; OLG München NJW 73, 334 = MDR 147 = JurBüro 72, 1114; Stein-Jonas-Leipold § 104 Rdnr. 69; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4 B; Wieczorek D; Thomas-Putzo

einmal damit begründet, daß auch bei § 572 Abs. 3 und den §§ 719, 707 Abs. 2 Satz 2 keine Anfechtung der einstweiligen Anordnungen zulässig sei. Zum anderen beziehe sich der Begriff "Entscheidung" in Satz 5 nicht auf die einstweiligen Maßnahmen, sondern ausschließlich auf die Entscheidung des Gerichtes über die Kostenfestsetzung.

Die Tragfähigkeit solcher formaler Argumente ist jedoch begrenzt. Sie können eine andere Entscheidung, die evt. aufgrund einer anderen Interessenlage oder eines anderen Gesetzeszweckes erforderlich erscheint, nicht hindern. Doch wird auch bei einer Beurteilung unter diesen Gesichtspunkten der herrschenden Auffassung zu folgen sein.

Denn einmal gleicht die Interessenlage der in den §§ 572, 707, 719. Zum anderen beansprucht der gesetzgeberische Zweck, der zum Ausschluß der Anfechtbarkeit in § 707 Abs. 2 Satz 2 führte, daß nämlich die Entscheidung des iudex a quo in der Hauptsache durch die Beschwerdeentscheidung präjudiziert werden könnte, [444] im Rahmen des § 104 gleichermaßen Geltung. Denn wird auch eine Erfolgsprognose der Erinnerung die Grundlage der Ermessensausübung sein müssen, so ist nicht auszuschließen, daß sich das erstinstanzliche Gericht durch eine abweichende Erfolgsprognose des Beschwerdegerichtes auch in der Hauptsache leiten lassen wird. Eine solche "Präjudizierung" ist auch nicht nur von so be-

---

4c gg; Willenbücher-Hoffmann-Schäfer-Graf Westarp, Das Kostenfestsetzungsverfahren und die Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, 16.Aufl. 1959, S. 286. Gleiches hat für das Verfahren nach § 107 und § 19 BRAGebO zu gelten.

444) Hahn Materialien I 427

grenzter Tragweite, daß sie von der Intention des Gesetzgebers nicht mehr erfaßt würde, da hier die Anfechtung eines eigenständigen Vollstreckungstitels erfolgt. Der Ausschluß der Anfechtbarkeit hat für den Erlaß einstweiliger Anordnungen wie für deren Ablehnung zu gelten.

V. Es sei noch auf einen Sonderfall eingegangen, der sich aus dem Nebeneinander von Urteil und Kostenfestsetzungsbeschluß ergibt. Da nämlich der Kostenfestsetzungsbeschluß schon aufgrund eines nur vorläufig vollstreckbaren Urteiles zulässig ist, [445] stellt sich die Frage, ob der Schuldner bei der Anfechtung des Urteiles die Vollstreckung aus dem Vollstreckungstitel Kostenfestsetzungsbeschluß dulden muß.

Es ist davon auszugehen, [446] daß das Urteil insoweit eine Bedingung des Kostenfestsetzungsbeschlusses ist, als dieser einen wirksamen Ausspruch über die Kostentragungspflicht in einem Urteil bzw. einem anderen Titel voraussetzt. Bei der Aufhebung oder Abänderung des Urteiles in seinem Kostenausspruch verliert somit auch der Beschluß seine Wirkung. Ebenso zeitigt auch eine einstweilige Anordnung nach den §§ 707, 719 Wirkungen gegenüber dem Beschluß. Es ist somit festzuhalten, daß die Vollziehbarkeit des Urteiles Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit des Kostenfestsetzungsbeschlusses ist.

---

445) Stein-Jonas-Leipold § 103 Rdnr. 6

446) zum Ganzen Stein-Jonas-Leipold § 104, Rdnr. 65, 68

§ 12 Einstweilige Anordnungen aus Gründen des sozialen Vollstreckungsschutzes

I. Die Einräumung einer Räumungsfrist für Wohnraum, § 721 ZPO

a) Ist auf die Räumung von Wohnraum erkannt, so kann dem Schuldner bereits im Urteil oder auch noch nach dessen Erlaß, aber vor der Räumung, eine Räumungsfrist eingeräumt werden. Dieser zweite Fall wurde bereits im Rahmen der entsprechenden Anwendung des § 732 Abs. 2 erörtert; [447] darauf kann verwiesen werden.

Nach § 721 Abs. 1 hat der Räumungsschuldner die Möglichkeit, bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung den Antrag auf Vollstreckungsschutz an das Prozeßgericht zu richten. Die Entscheidung über den Antrag liegt im freien, pflichtgemäßen Ermessen des Prozeßgerichtes.

Wurde trotz rechtzeitiger Antragstellung im Urteil keine Entscheidung über die Räumungsfrist getroffen, und hat der Räumungsschuldner nach § 321 einen Antrag auf Ergänzung des Urteils gestellt, so liegt es im Ermessen des Gerichtes, die Zwangsvollstreckung aus dem Räumungsausspruch einstweilen einzustellen, § 721 Abs. 1 Satz 3 2.Halbsatz.

Hinsichtlich der dogmatischen Struktur und Interessenlage sowie der im Rahmen der Ermessensausübung anzustellenden Interessenabwägung, die denen bei § 721 Abs. 4 Satz 4 gleichen, kann auf die dortigen Ausfüh-

---

447) oben S. 176 ff.

rungen verwiesen werden.

b) Anders als bei § 721 Abs. 4 Satz 4 sind hier jedoch nicht die Maßnahmen des § 732 Abs. 2 anwendbar. Dies ergibt sich aus der unterschiedlichen Situation. Diese stellt sich in Abs. 1 so dar, daß zwar ein Urteil über die Räumungsverpflichtung getroffen worden ist, der Gläubiger jedoch hinsichtlich der nicht angeordneten Räumungsfrist keinen Vertrauensschutz genießt, da ein entsprechender Antrag in der mündlichen Verhandlung bereits gestellt und lediglich nicht beschieden worden war. In Anbetracht dessen ist die ausschließliche Zulassung einer schlichten einstweiligen Einstellung sachgerecht.

c) Die gleichen Überlegungen hinsichtlich der existentiellen Sicherung eines Grundbestandes an Werten des Räumungsschuldners, die bereits bei § 721 Abs. 4 Satz 4 [448] angestellt worden sind, verbieten auch hier grundsätzlich die Anfechtbarkeit einer einstweiligen Einstellung, es sei denn, das Gericht hat von seinem Ermessen einen fehlerhaften Gebrauch gemacht.

---

448) oben S. 180 ff.

II. Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO

a) In § 765a ist die Generalklausel des sozialen Voll=streckungsschutz normiert, [449] die über die besonderen Bestimmungen der §§ 811, 813a, 850a - i, 721, 794a hinausgeht. Durch sie erfahren die materiell-recht=lichen Generalklauseln, etwa die §§ 138, 226, 242, 826 BGB, ihre Fortführung im Prozeßrecht. Dies bedeutet, daß, auch wenn das rechtliche Handeln des Gläubigers nach sachlichem Recht nicht zu beanstanden war, er in der Durchsetzung dieses Rechtes durch ein übergeord=netes Interesse der Allgemeinheit daran, daß keinem ihrer Mitglieder die Existenzgrundlage völlig ent=zogen und auf besonders schwerwiegende Umstände in der Person des Schuldners Rücksicht genommen wird, [450] be=schränkt wird, es sei denn, eine Rücksichtnahme sei dem Gläubiger unzumutbar.

Diese Gewichtung ist vom Wortlaut des Gesetzes vorge=geben. Danach können einzelne Vollstreckungsmaßnahmen sich als unzulässig darstellen, soweit sie in so hohem Maße in den Persönlichkeitsbereich des Schuldners ein=greifen und diesen belasten, daß sie mit den guten Sit=ten nicht mehr vereinbar erscheinen, so lange die In=teressen des Gläubigers auf andere Weise gewahrt werden können. Im Grunde ist § 765a die Ausgestaltung eines Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für Maßnahmen des Gläu=bigers gegen den Schuldner zur Durchsetzung privat=rechtlicher Ansprüche. [451]

---

449) Stein-Jonas-Münzberg § 765a I 1; Thomas-Putzo 1; Grund NJW 56, 126

450) Stein-Jonas-Münzberg § 765a II 2 a.E.

451) Auf einer anderen Ebene liegt die bei den §§ 707, 732 Abs. 2, 769 befürwortete Verhältnismäßigkeit:

Der Schutz nach § 765a erfaßt nur die einzelne Voll=streckungsmaßnahme, nicht die Zwangsvollstreckung als solche, die nach wie vor auf andere Weise betrieben werden kann. Darin unterscheidet er sich von § 721, der allgemein die Vollstreckungswirkungen des Räu=mungsurteiles betrifft. Es geht auch nicht eigentlich um die Zulässigkeit der Vollstreckungsmaßnahme, da sich das Vollstreckungsorgan keinen Verstoß gegen das zu beobachtende Verfahren hat zuschulden kommen las=sen, vielmehr muß der Schuldner die in seiner Person liegenden Umstände vorbringen. Durch § 765a wird jedoch ein sachlich ähnliches Ergebnis erreicht wie mit der Erinnerung nach § 766, nämlich die - zumindest zeit=weilige - Unausübbarkeit der durch die Vollstreckungs=maßnahme erlangten rechtlichen Stellung durch den Gläu=biger, sei es, daß die Vollstreckungsmaßregeln aufge=hoben oder vorübergehend untersagt werden, sei es, daß diese einstweilen eingestellt wird.

Stellt der Schuldner beim Vollstreckungsgericht einen Antrag nach § 765a, so hemmt dies die Vollstreckbarkeit des Titels nicht. Der Gläubiger kann also bis zur Ent=scheidung über diesen Antrag die Zwangsvollstreckung betreiben. Es muß jedoch sichergestellt werden können,

---

diese bezieht sich auf die gerichtlichen Anordnun=gen, die den Ausgleich der Parteiinteressen in der Weise zu suchen haben, daß die Belastungen der Parteien möglichst gering gehalten werden; beur=teilt wird nicht der Vollstreckungszugriff des Gläubigers, sondern lediglich die Wirkung einer einstweiligen Anordnung für die Parteien. Dagegen steht bei § 765a die Wirkung des Vollstreckungs=zugriffes des Gläubigers auf das Vermögen des Schuldners durch das Vollstreckungsorgan selbst in Frage.

daß die Entscheidung über den Vollstreckungsschutzantrag nicht infolge der durch eine weitere Vollstrekkung geschaffenen Verhältnisse zumindest teilweise ihrer Wirkungen beraubt wird.[452]

b) Die Ausführungen zur Interessenlage machten deutlich, daß für den Schuldner ein Bedürfnis nach einer einstweiligen Einstellung der Vollstreckung bestehen kann.[453] Denn gibt ihm das Gesetz einen Rechtsbehelf an die Hand, mit dem er einzelne Vollstreckungsmaßregeln endgültig abwenden kann, so folgt daraus, daß dieser Schutz auch wirksam ausgestaltet sein muß. Deshalb müssen zu der Entscheidung nach § 765a begleitende Maßnahmen möglich sein, die gewährleisten, daß der Rechtsbehelf in der Rechtswirklichkeit nicht illusorisch ist. Dies kann nur durch eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung erreicht werden, die den jetzigen Stand des Verfahrens festschreibt, dieses also gewissermaßen einer "Veränderungssperre" unterzieht. Die sachliche Nähe dieses Rechtsbehelfes zur Erinnerung nach § 766 spricht für eine entsprechende Anwendung der §§ 766 Abs. 1 Satz 2, 732 Abs. 2.[454] Dies erscheint auch unter dem Blickwinkel der bei § 732 Abs. 2 zulässigen Anordnungen sachgerecht. Ist dort

---

452) Wird die Vollstreckung nach der Stellung des Antrages, aber vor einer Entscheidung über diesen abgeschlossen, so wird er, da prozessual überholt, unzulässig.

453) a.A. Seibel, Zur "vorbereitenden" Einstellung der Zwangsvollstreckung auf einen Antrag gemäß § 765a ZPO, MDR 64, 979 f.

454) so auch die hM, OLG Celle MDR 54, 426; 68, 333 = RPfleger 97; OLG Schleswig SchlHA 57, 76; 159; LG Mannheim WM 72, 15 = ZMR 285; Stein-Jonas-Münzberg § 765a IV 1; Thomas-Putzo 4d; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 3 D; Zöller-Scherübl VI 2; Wieczorek C IIa; Jonas-Pohle 42; Pohle, Aussetzung des Zwangsvollstreckungsverfahrens nach § 148 ZPO ?, MDR 55, 210

die Aufhebung bereits erfolgter Vollstreckungsmaß=
regeln nicht zulässig, so muß dasselbe auch in diesem
Zusammenhang gelten: Die so stark verdichtete Stel=
lung des Gläubigers rechtfertigt gerade bei § 765a
eine solche vorübergehende Aufhebung nicht. Denn liegt
die Schutzbedürftigkeit des Schuldners im materiellen
Bereich begründet, so hat er es versäumt, entsprechende
Anträge auf Vollstreckungsschutz nach § 712 bereits
während der mündlichen Verhandlung, § 714, zu stellen;
er hat sich dieser Rechte - soweit er sie schon in der
mündlichen Verhandlung hätte geltend machen können -
damit selbst begeben, so daß er diesen Erfolg nicht
mehr über § 765a erreichen darf. Ist sie nach dem
Schluß der mündlichen Verhandlung entstanden, so wird
man dem Schuldner zumuten können, bis zur Entscheidung
über den Antrag nach § 765a die bislang durchgeführten
Vollstreckungsmaßregeln zu dulden. Ergibt sich die
Schutzbedürftigkeit dagegen aus immateriellen Gründen,
so waren die Voraussetzungen ohnehin nicht vor [455]
Eintritt des den § 765a rechtfertigenden Ereignisses
gegeben, so daß ein Bedürfnis nach einer Aufhebung
nicht besteht. Für die Verfolgung materieller Interes=
sen durch den Schuldner kann der Hinweis auf Voll=
streckungsschutzmaßnahmen aufgrund des § 712 jedoch
nur für den Fall der Vollstreckung aus einem für vor=
läufig vollstreckbar erklärten Urteil gelten. Er hat
außer Betracht zu bleiben, wenn aus einem bereits
rechtskräftigen Urteil vollstreckt wird, da Entschei=
dungen hinsichtlich der Vollstreckbarkeit nach § 712
ohnehin nur für die Zeit der vorläufigen Vollstreck=
barkeit Wirkungen entfalten können.

---

455) dazu Stein-Jonas-Münzberg § 765a II 2 a.E.

Die Beurteilung dieser Fallgestaltung kompliziert sich dadurch, daß die Anordnung des Vollstreckungsschutzes nach § 765a gemäß § 20 Ziff. 17 RPflG dem Rechtspfleger zur Ausübung übertragen ist. Da aber jedenfalls nach Einlegung einer Erinnerung die Einstellung bestimmter Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einem richterlichen Beschluß vorbehalten bleiben muß, kann für diesen Fall eine einstweilige Einstellung ohnehin nur dann in Betracht kommen, wenn der Rechtspfleger die Anordnung von Vollstreckungsschutz nach § 765a abgelehnt hat. Erst auf die Erinnerung des Schuldners gegen diesen Beschluß des Rechtspflegers entscheidet der Richter über solche Schutzmaßnahmen, erst aufgrund einer Erinnerung kann er somit auch über eine einstweilige Einstellung befinden.

c) Allerdings ist die aufgrund der entsprechenden Anwendung der §§ 766 Abs. 1 Satz 2, 732 Abs. 2 im Rahmen der Ermessensausübung erforderliche Interessenabwägung in ihrer Ausgestaltung etwas anders gelagert als bei § 732 Abs. 2. Dies beruht auf der Erkenntnis, daß die Interessen des Gläubigers, die aus seiner starken prozessualen Stellung resultieren, auch bei § 765a eine angemessene Rolle zu spielen haben, [456] was andererseits erhöhte Anforderungen an eine einstweilige Einstellung zur Folge hat. Wird im summarischen Verfahren etwa die Erfolgsaussicht des Antrages auf Vollstreckungsschutz geprüft, so bedingt dies die Durchführung der nach § 765a erforderlichen Interessenabwägung - "..., wenn die Maßnahme unter voller Würdigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers wegen ganz besonderer Umstände eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht ver-

456) Stein-Jonas-Münzberg § 765a II 3

einbar ist" -, innerhalb derer dann alle Umstände angemessen zu berücksichtigen sind. Im strengen Sinne ist also bei der Beurteilung der Frage, ob einstweilen eingestellt werden soll, lediglich die Erfolgsaussicht des Antrages auf Vollstreckungsschutz zu prüfen. Dies ist letztlich jedoch von nur untergeordneter Bedeutung.

Entscheidend ist vielmehr der bereits nach dem Gesetzeswortlaut ganz eindeutige Vorrang des Gläubigerschutzes, [457] der auch schon im summarischen Verfahren eine Prüfung der besonderen Umstände, die zum Schutzbedürfnis des Schuldners führen, erforderlich macht.

d) Ist von der Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen auszugehen, stellt sich die weitere Frage nach ihren möglichen Inhalten. Der Inhalt einer einstweiligen Maßnahme hat sich an den zu sichernden beiderseitigen Interessen der Parteien auszurichten.

Anders als die letztlich erstrebte Anordnung nach § 765a Abs. 1 hat eine einstweilige Anordnung lediglich Sicherungscharakter bis zu deren Erlaß. Wenn in § 765a Abs. 1 aber eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung [458] als Entscheidung in der Hauptsache vorgesehen ist, so setzt dies eigentlich voraus, daß eine vorläufige Sicherung der Parteien im Grundsatz mit weniger einschneidenden Mitteln zu erfolgen

457) Stein-Jonas-Münzberg a.a.O.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 765a Anm. 2 B; Grund NJW 56, 127

458) die zwar grundsätzlich auch ohne Sicherheitsleistung möglich, doch für diesen Fall an strenge Voraussetzungen, wie etwa bereits vorher gewährte Vollstreckungserleichterungen, §§ 813a, 900 Abs. 4, geknüpft sind, OLG Nürnberg NJW 54, 722, 723; Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 765a Anm. 3 Bc

hat. Dies paßt sich in die gedankliche Systematik von einer starken prozessualen Stellung des Gläubigers ein, die sich daraus ergibt, daß lediglich Fragen der Abwicklung der Vollstreckung anstehen, der Titel und seine Durchsetzbarkeit aber unangetastet bleiben.

Es wird mithin davon auszugehen sein, daß als einstweilige Maßnahme lediglich die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung möglich ist. Dabei hat die Höhe der Sicherheit grundsätzlich auch hier das volle materielle Risiko des Gläubigers abzufangen.

Von diesem Grundsatz werden jedoch Ausnahmen zuzulassen sein. Dies beruht auf der grundgesetzlichen Absicherung des § 765a, der sowohl den grundrechtlichen Bedürfnissen des Schuldners, etwa die Würde des Menschen, Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG, als auch dem tragenden Verfassungsgrundsatz der Sozialstaatlichkeit, Art. 20 Abs. 1 GG, Rechnung zu tragen hat, und zudem das Eigentum des Gläubigers einer Sozialbindung unterworfen ist, Art. 14 Abs. 1 und 2 GG. Die Folge aus diesen Querverbindungen ist, daß dem Schuldner seine eigenständige materielle Existenzfähigkeit gewährleistet werden muß. Dies führt zu Einschränkungen beim Gläubiger, der sich mit einer weniger weitgehenden Absicherung zufrieden geben muß. Man wird somit auch die Anordnung einer Sicherheitsleistung für möglich erachten müssen, die nicht das volle, sondern lediglich einen Teil des Risikos des Gläubigers abdeckt, wenn die materiellen Verhältnisse des Schuldners dies erfordern.

Wie hoch die Sicherheit nun genau zu beziffern ist,

hängt vom jeweiligen Schutzbedürfnis des Schuldners im konkreten Fall ab. Es ist durchaus denkbar, daß aufgrund des grundgesetzlichen Hintergrundes die Interessen des Gläubigers im Einzelfall vollkommen hinter die Schutzbedürftigkeit des Schuldners zurücktreten müssen, daß also eine einstweilige Einstellung auch ohne Sicherheitsleistung wird ausnahmsweise angeordnet werden können.

Aus den dargelegten Gründen wird auch die Aufhebung bereits durchgeführter Vollstreckungsmaßregeln grundsätzlich unzulässig sein. Doch werden auch hier unter den erwähnten grundgesetzlichen Gesichtspunkten Einschränkungen zu machen sein. So ist durchaus denkbar, daß die bereits durchgeführten Vollstreckungsmaßnahmen den Schuldner so sehr belasten, daß seine ihm vom Grundgesetz gewährleistete eigenständige Existenzfähigkeit nicht mehr sichergestellt ist. In diesen Fällen ist m.E. eine Aufhebung von Vollstreckungsmaßregeln zwingend geboten. Dabei wird die konkrete Abwägung der Parteiinteressen unter besonderer Berücksichtigung der grundgesetzlichen Forderungen zu zeigen haben, ob eine Aufhebung gegen oder aber auch ohne Sicherheitsleistung anzuordnen ist. [459]

e) Die Frage nach der Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen stellt sich auch hier. Problematisch ist vornehmlich, ob die entsprechende Anwendung der §§ 766 Abs. 1 Satz 2, 732 Abs. 2 auch in diesem Rahmen zur dort vertretenen Anfechtbarkeit führt.

---

459) a.A. Zöller-Scherübl a.a.O., die von der generellen Unzulässigkeit der Aufhebung von Vollstrekkungsmaßregeln ausgehen.

Zwingend muß dies schon deshalb nicht sein, weil die Tatsache, daß eine Regelung nur zur entsprechenden Anwendung kommt, bereits der immanenten Unterschiedlichkeit der einander entsprechenden Fallgestaltungen Rechnung trägt. Folge daraus ist, daß hinsichtlich der Ausgestaltung einzelner Teilbereiche durchaus eine verschiedenartige Regelung vertreten werden kann, zumal dann, wenn - wie dies vorliegend der Fall ist - eine ausdrückliche Regelung dieses Teilbereiches auch in der entsprechend angewandten Norm nicht erfolgt ist, sondern gerade auch dort zur Begründung auf die gesetzlichen Interessenwertungen zurückgegriffen werden muß.

Diese Frage ist deshalb nur unter Rückgriff auf die Intention des Gesetzgebers zu beantworten. Diese bezweckt den Schutz des Schuldners, sofern ihm eine Vollstreckung nicht zugemutet werden kann. Des weiteren wird mit dem Ausschluß der Anfechtbarkeit eine Präjudizierung der Hauptsache durch das Beschwerdegericht verhindert, die sich aufgrund dessen summarischer Prüfung der Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes ergeben könnte. Diese Gefahr ist aber dann sehr groß, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Hauptsache gerade den in der Interessenabwägung anzustellenden Erwägungen entsprechen, wie dies bei § 765a der Fall ist. Die Beschwerde gegen eine einstweilige Anordnung ist somit unzulässig. [460] Doch wird man aus der Schwierigkeit der

460) OLG Dresden HRR 36 Nr. 1340; OLG Celle MDR 68, 333 = RPfleger 97; OLG Schleswig SchlHA 57, 76; 159; OLG Karlsruhe NJW 58, 1786; Stein-Jonas-Münzberg § 765a IV 1; Thomas-Putzo 7; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 3 D; Zöller-Scherübl a.a.O.; Wieczorek C IIa

anzustellenden Abwägung die Notwendigkeit einer Mög=lichkeit gerichtlicher Überprüfung zu folgern haben, wenn der Rechtspfleger die einstweilige Anordnung er=lassen hat. Dagegen wird die befristete Erinnerung nach § 11 RPflG zulässig sein, allerdings ohne eine Vorlage an das Beschwerdegericht. [461]

Gleichfalls wird von der Unanfechtbarkeit einer eine einstweilige Anordnung ablehnenden Entscheidung auszu=gehen sein. [462] Der vom Grundgesetz geforderte soziale Schutz des Schuldners findet eine seiner Wertigkeit entsprechende Berücksichtigung durch die vom entschei=denden Gericht im Rahmen seiner Ermessensbildung vor=zunehmende Interessenabwägung. Sollte diese Entschei=dung jedoch unter fehlerhafter Ausübung des Ermessens zustande gekommen sein, wird ausnahmsweise die sofortige Beschwerde zugelassen werden müssen.

---

461) so LG Mannheim WM 72, 15 = ZMR 285; Thomas-Putzo a.a.O.; Zöller-Scherübl a.a.O.; Wieczorek a.a.O.; a.A. OLG Schleswig SchlHA 57, 159

462) vgl. zu § 721 oben S. 182 f.

III. Die Aussetzung der Verwertung in der Mobiliar=
zwangsvollstreckung, § 813a ZPO

a) Auch § 813a dient dem Schuldnerschutz, wenn auch in abgeschwächter Form. Er greift erst in dem späten Zeitpunkt der Vollstreckung ein, wenn der letzte Akt ansteht, nämlich die Verwertung gepfändeter Sachen. Er trägt der Erfahrung Rechnung, daß der Schuldner un= ter dem Druck der drohenden Verwertung oftmals - so= fern er überhaupt leistungsfähig ist - freiwillig zah= len wird, ebenso aber auch der Tatsache volkswirtschaft= lich unerwünschter Verschleuderung von Sachwerten durch die Verwertung. [463]

Den Interessen des Gläubigers wird dadurch kein Ab= bruch getan, da dieser durch den Fortbestand von Ver= strickung und Pfandrecht eine weitgehende Sicherung erfährt. [464]

Die zeitweilige Aussetzung der Verwertung unter gleichzeitiger Festsetzung einer Frist zur freiwilligen Zahlung steht im Ermessen des Vollstreckungsgerichtes und hat zur Voraussetzung, daß Umstände im Bereich des Schuldners diese angemessen erscheinen lassen. Es sind dies einmal persönliche Momente, etwa Unredlich= keit, Böswilligkeit oder Unzuverlässigkeit des Schuld= ners, die sich aus Prozeßbetrug, Prozeßverschleppung oder auch aus der Vornahme von nach § 3 Abs. 1 Ziff. 1 AnfG anfechtbaren Rechtshandlungen ergeben können. [465]

---

463) Stein-Jonas-Münzberg § 813a I 1; Schönke-Baur § 27 I pr.; Jonas-Pohle 126

464) Stein-Jonas-Münzberg a.a.O.

465) Stein-Jonas-Münzberg § 813a II 1; Thomas-Putzo 2c aa; Zöller-Scherübl II 1a

Zum anderen aber auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners, die zwar eine sofortige Leistung nicht gestatten, diese jedoch innerhalb der Zahlungsfrist gewährleisten. [466] Ferner ist die Art der Schuld in ihrer Bedeutung für den Gläubiger zu berücksichtigen. So wird etwa bei Unterhaltsforderungen eine Aussetzung der Vollstreckung regelmäßig nicht in Betracht kommen können. [467]

Auch hierbei sind jedoch die Belange des Gläubigers in besonderer Weise zu berücksichtigen. So kann ihm nicht zugemutet werden, sich aufgrund der Aussetzung etwa Schadensersatzansprüchen seiner Gläubiger ausgesetzt zu sehen oder auch auf seinen Unterhalt zeitweilig zu verzichten. [468]

Die Entscheidung des Rechtspflegers, § 20 Ziff. 17 RPflG, unterliegt - da gegen Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren nach § 793 die sofortige Beschwerde gegeben ist - der befristeten Erinnerung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 RPflG. Die darauf ergehende Entscheidung des Gerichtes ist grundsätzlich unanfechtbar, § 813a Abs. 5 Satz 4, doch werden davon die gleichen Ausnahmen

---

466) Stein-Jonas-Münzberg § 813a II 2; Thomas-Putzo 2c bb; Zöller-Scherübl II 1b

467) Stein-Jonas-Münzberg § 813a II 3; Thomas-Putzo 2c cc; Zöller-Scherübl II 1c

468) vgl. etwa Stein-Jonas-Münzberg § 813a II 4

zugelassen werden müssen wie bei § 707 Abs. 2 Satz 2.[469]

b) In seiner dogmatischen Struktur gleicht § 813a der Gewährung einer Räumungsfrist nach § 721. In beiden Fällen wird die Durchführung der Zwangsvollstrekkung hinausgeschoben. Unterschiede ergeben sich jedoch aus der andersartigen Wirkungsweise.

Durch § 813a bleiben der Titel und die bislang durchgeführten Vollstreckungsmaßnahmen der Pfändung vollkommen unberührt. Die sich aus dem Pfändungspfandrecht und der Verstrickung ergebenden Rechte bleiben dem Gläubiger unbenommen. Lediglich der Ablauf des weiteren Verfahrens, die Verwertung wird zeitlich hinausgeschoben.

c) Naturgemäß richten sich die Gläubigerinteressen auf eine möglichst schnelle Befriedigung. Die ansonsten aus der vom Gläubiger erstrittenen prozessualen Stellung sich ergebende starke Position wird für den vorliegenden Fall jedoch dadurch erheblich eingeschränkt, daß der Gläubiger durch die fortbestehende Pfändung und Verstrickung mit dem sich daraus ergebenden Vorrang seines Pfändungspfandrechtes bereits eine weitgehende Sicherung seiner titulierten Ansprüche erlangt hat. Dem steht das Interesse des Schuldners gegenüber, die gepfändeten Gegenstände der Verwertung zu entziehen, wenn sich in absehbarer Zeit seine Lei-

---

469) dazu OLG München OLGZ 68, 175, 176; OLG Celle NJW 54, 723; OLG Frankfurt NJW 55, 1483; LG Stuttgart ZZP 69, 181 f.; 452; LG Essen JurBüro 75, 638 f.; Stein-Jonas-Münzberg § 813a III 5; Thomas-Putzo 5; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 5; Zöller-Scherübl IV; Rosenberg § 191 IV 1c; a.A. Wieczorek B Va m.w.N.; unklar Jonas-Pohle 138 f.

stungsfähigkeit ergeben sollte. Es ist dies letztlich auch ein Ausfluß des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, der den Schuldner vor einer Verschleuderung von Sachwerten bewahrt, deren Wiedererlangung ihm nur unter Kapitalaufwendungen möglich sein kann, die weit über dem erzielten Erlös liegen können. [470] Die Folge aus dieser Konstellation der widerstreitenden Interessen ist auch der gesetzliche Ausschluß der Anfechtbarkeit einer Aussetzung durch den Schuldner in § 813a Abs. 5 Satz 4.

Durch § 813a Abs. 5 Satz 4 werden dem Wortlaute nach nur Vollstreckungsschutz anordnende Beschlüsse erfaßt. Wird der Antrag auf Gewährung von Vollstreckungsschutz zurückgewiesen, so ist § 793 direkt anwendbar, eine sofortige Beschwerde ist mithin zulässig. Dies entspricht auch dem Umstand, daß dem Gläubiger aufgrund seiner gewährleisteten Sicherung eine abgeschwächte Stellung zukommt, die auf dem erlangten Pfändungspfandrecht beruht, das seine verbriefte Forderung abdeckt, somit auch von der Interessenbewertung ein Anfechtungsausschluß für den Schuldner nicht gefordert wird. [471]

---

470) Jonas-Pohle 126

471) Dieses Ergebnis steht auch nicht in Widerspruch zu den Ausführungen bei § 721, oben S. 180 ff., weil es hier um die Überprüfung der Entscheidung über den Hauptantrag, dort aber jener über den Nebenantrag handelt.

6. Kapitel Einstweilige Anordnungen in entsprechender Anwendung der §§ 707, 732 Abs. 2, 769 ZPO

§ 13 Die entsprechende Anwendung des § 707 ZPO

I. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Prozeßvergleiches, § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO

a) Zur Rechtsnatur des Prozeßvergleiches - Der Prozeßvergleich hat seinem Wesen nach eine rechtliche Doppelnatur.[472] D.h. ihm kommen einmal verfahrensrechtliche Wirkungen zu. So beendet er das gerichtliche Verfahren, und hat zudem als Vollstreckungstitel, § 794 Abs. 1 Ziff. 1, vollstreckungsrechtliche Bedeutung. Zum anderen hat er materiell-rechtliche Wirkungen nach § 779 BGB, was sich in der Neugestaltung des in Streit befangenen Rechtsverhältnisses ausdrückt.

Diese Doppelnatur wirkt sich auch bei der Geltendmachung der Mangelhaftigkeit des Prozeßvergleiches aus. Denn damit wird ein zweifaches Ziel verfolgt: So soll materiell-rechtlich die Durchsetzung der Unwirksamkeit bzw. Anfechtbarkeit des Prozeßvergleiches als schuldrechtliche Verpflichtungsgrundlage erreicht werden. Verfahrensrechtlich wird die Aufhebung der verfahrensbeendenden Wirkung und die Tilgung des Prozeßvergleiches als Vollstreckungstitel erstrebt.

Es sind deshalb Einwendungen, die den Prozeßvergleich

---

472) dazu etwa Baur ZPR Rdnr. 147

ex tunc unwirksam sein lassen, im vormaligen Verfahren geltend zu machen, das durch den Prozeßvergleich vermeintlich beendigt worden ist. Für ein neues Verfahren durch Erhebung der Vollstreckungsgegenklage würde regelmäßig das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.[473] Dagegen sind Einwendungen, die die Wirksamkeit des Prozeßvergleiches lediglich ex nunc beeinflussen, wie etwa der Einwand des Wegfalles der Geschäftsgrundlage, oder die den Vergleich in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandeln, wie etwa der Rücktritt nach den §§ 325 ff., 346 ff. BGB, oder unter deren Beachtung der Prozeßvergleich, wie etwa bei der Erfüllung, lediglich noch die Wirkung einer causa für das Behaltendürfen der Leistung entfaltet, aber auch ein Streit über die Auslegung des unstreitig wirksamen Vergleiches in einem neuen Verfahren durch Erhebung der Vollstreckungsgegenklage[474] bzw., wenn Auslegungsfragen in Streit stehen, durch Feststellungsklage geltend zu machen.[475]

Wird der alte Rechtsstreit fortgesetzt, so kann zu-

---

473) etwa BGHZ 16, 388 ff.; 28, 171 ff.; LM § 767 ZPO Nr. 37; OLG Zweibrücken OLGZ 70, 185 ff.; Baur ZPR Rdnr. 150; Rosenberg-Schwab § 132 IV 1b, 2, 4; Thomas-Putzo § 794 II 7c; Zöller-Scherübl II 4; Wieczorek C IId 1; Kühne NJW 67, 1115 ff.; abweichend Stein-Jonas-Münzberg II 7bβ, die das Rechtsschutzbedürfnis für eine Vollstreckungsgegenklage erst nach Stellung des Antrages auf Fortsetzung des durch den Vergleich abgeschlossenen Verfahrens verneinen.

474) BGHZ 16, 388, 393; ZZP 17, 406; NJW 66, 1558; Baur ZPR a.a.O.; Kühne a.a.O.; Zöller-Scherübl a.a.O.; Thomas-Putzo a.a.O.; Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 794 Anm. 2 B; a.A. BAGE 3, 43; Rosenberg-Schwab § 132 IV 3, 5, 6; teilweise abweichend Stein-Jonas-Münzberg § 794 II 7b αund β

475) BGHZ 36, 11, 14 = NJW 62, 109; BGH NJW 72, 2268; 73, 803; 77, 583 = RPfleger 99 = LM § 794 ZPO Nr. 22/23

nächst in einem Zwischenfeststellungsstreit nach § 256 Abs. 2 über die Wirksamkeit des Prozeßvergleiches entschieden werden. Bis zu dieser Zwischen- bzw. der Endentscheidung, wenn nicht durch Zwischenurteil entschieden wird, und in deren Folge der Feststellung der Unwirksamkeit des Prozeßvergleiches, besteht für den Gläubiger die Möglichkeit, die Vollstreckung aus dem Vergleich weiter zu betreiben, § 775 Ziff. 1. Fraglich ist, ob das Gericht dann eine einstweilige Anordnung hinsichtlich der Vollstreckung erlassen kann.

Für Einwendungen, die mit der Vollstreckungsgegenklage zu verfolgen sind, ergibt sich die Zulässigkeit solcher einstweiliger Anordnungen bereits aus § 769.

b) Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 707, 719 ZPO - (1) Überwiegend wird in Rechtsprechung und Literatur die Zulässigkeit einer einstweiligen Einstellung der Vollstreckung aus einem Prozeßvergleich bejaht. [476] Dabei wird die mehrmalige entsprechende Anwendung des § 707 schon kraft Gesetzes sowie die Bedürftigkeit des Schuldners herausgestellt. Obwohl in

476) OLG Celle NJW 50, 915; OLG Karlsruhe NJW 54, 436; Hans.OLG Hamburg MDR 55, 747; OLG Schleswig SchlHA 56, 19 = JurBüro 148; LAG Düsseldorf NJW 63, 555; OLG Neustadt MDR 64, 853; OLG Düsseldorf MDR 74, 52; Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 28; § 794 II 3b; Zöller-Scherübl § 707 II; Wieczorek A IIIc 3; Thomas-Putzo 2b; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 5; Anh. § 307 Anm. 6 D; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht (1970), 93; unklar BGHZ 28, 171, 175 = NJW 58, 1971, der die §§ 707, 719, 769 für anwendbar erklärt; a.A. RG Gruchot 54, 679; Baumbach-Lauterbach bis zur 29.Aufl., die allerdings mit einer einstweiligen Verfügung helfen wollen.

§ 795 nur auf die §§ 724 - 793 verwiesen sei, stehe dies nicht entgegen, da der Gesetzgeber diesen Fall nicht bedacht habe. Zudem gehe der Schuldner nicht nur gegen den materiell-rechtlichen Anspruch vor, sondern letztlich gegen den Prozeßvergleich als Vollstreckungs=titel. Schließlich fordere die den §§ 707, 719 ähn=liche Sach- und Rechtslage eine einstweilige Anordnung in entsprechender Anwendung des § 707.

Demgegenüber betont die ablehnende Auffassung, es handele sich um kein vorläufig vollstreckbares Urteil, eine Wiedereinsetzung komme nicht in Betracht, und auch ein außerordentlicher Rechtsbehelf sei nicht denk=bar, so daß nur über eine einstweilige Verfügung ein=gegriffen werden könne. [477]

(2) Man wird sich bei der Beurteilung dieses Problems zunächst noch einmal den zugrunde liegenden Fall zu vergegenwärtigen haben. Der Schuldner macht im alten Prozeß die Unwirksamkeit des von ihm geschlossenen Pro=zeßvergleiches geltend, der dem Gläubiger zugleich als Vollstreckungstitel dient. Dessen Vollstreckbarkeit wird auch nicht durch die Fortsetzung des Verfahrens berührt.

Gleichviel, ob diese Einwendungen formell-rechtlicher oder materiell-rechtlicher Natur sind, geht der Schuld=ner mit ihrer Geltendmachung nicht nur gegen den dem Titel zugrunde liegenden materiell-rechtlichen Anspruch selbst an, sondern er erstrebt auch die Beseitigung des Titels in dessen Eigenschaft als Zulässigkeitsvoraus=setzung für die Vollstreckung. Diese dogmatische Struk=

---

477) Baumbach-Lauterbach a.a.O.

tur gleicht den Fällen der §§ 707, 719, mit denen dasselbe Ziel verfolgt wird. Auch erfolgt die Überprüfung des Titels hier wie dort in demselben Rechtsstreit - wenn man auch etwa die Rechtsmittelverfahren usw. zum ursprünglichen Rechtsstreit gehörig zählt. Ein Urteil, durch das die Unwirksamkeit des Vergleiches festgestellt wird, entfaltet nach seiner Rechtskraft dem § 775 Ziff. 1 entsprechende Wirkungen.[478]

Auch die Interessenlage der Parteien ist von demselben Konflikt gezeichnet. Es entspricht auch die Stellung des Gläubigers ihrem Gewicht nach etwa der bei den §§ 707, 719. Hat dort zwar der Gläubiger ein gerichtliches Urteil erlangt, während ihm hier nur eine vertragliche Vereinbarung zu Gebote steht, so darf doch nicht verkannt werden, daß der Vertragsschluß durch die Vermittlung und unter der Aufsicht des Gerichtes zustande kam. Dieses nimmt in diesem Zusammenhang somit eine Regulativ- und Korrektivfunktion wahr, die das Vertrauen des Gläubigers in den Bestand des Vollstreckungstitels in gleichem Maße schützenswert macht wie bei einem gerichtlichen Urteil, aber auch nicht darüber hinausgehend.

Dem steht auch § 795 mit seiner Verweisung auf die §§ 724 - 793 nicht entgegen, da hieraus nicht auf die Unzulässigkeit der entsprechenden Anwendung des § 707 geschlossen werden kann. Denn diese Problematik wurde vom Gesetzgeber überhaupt nicht erkannt, sie konnte folglich auch nicht in seiner Regelungsintention lie-

---

478) Stein-Jonas-Münzberg § 794 II 7b Fußn. 124; Lehmann, Der Prozeßvergleich (1911), 231; LAG Frankfurt NJW 70, 1703

gen.[479] Dies ergibt sich aus dem Umstand, daß die Zulassung einer Verfolgung der Unwirksamkeit des Prozeßvergleiches im vormaligen Verfahren, in dessen Zusammenhang nur diese Frage auftaucht, erst nach Inkrafttreten der Zivilprozeßordnung entwickelt worden ist.[480] Man halte sich auch für den Fall der Verneinung einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 707 die Umständlichkeit des Verfahrens vor Augen, das der Schuldner einschlagen müßte, um einen dem § 707 ähnlichen Schutz zu erlangen: Neben der Feststellung der Unwirksamkeit des Vergleiches im alten Verfahren müßte der Schuldner zusätzlich eine Vollstreckungsgegenklage betreiben - die aber nach der hier vertretenen Auffassung wegen des mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig sein würde -, um dem Gericht die Möglichkeit zur Einstellung nach § 769 zu eröffnen. Man wird somit die entsprechende Anwendung des § 707 zu bejahen haben.

---

479) Hahn Materialien I 446: "Für die Zwangsvollstrekkung aus den in § 651 (Anm.: jetzt § 795) erwähnten Schuldtiteln sollen, soweit nicht ihre Eigentümlichkeiten Abweichungen erfordern, dieselben Regeln wie für die Vollstreckung der Endurteile gelten."

480) vgl. BGHZ 28, 171, 173, 175 mit Hinweisen auf die RG-Rechtsprechung, die mit geringfügigen Abweichungen der Ansicht war, die Unwirksamkeit des Prozeßvergleiches sei in jedem Fall in einem neuen Verfahren geltend zu machen.

II. Der Antrag auf Aufhebung einer im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangenen Entscheidung nach § 926 Abs. 2 ZPO

Hat der Antragsteller eine Anordnung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, also einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung erwirkt, so kann der Antragsgegner - gleichviel, ob die Anordnung durch Beschluß, gegen den kein Widerspruch eingelegt sein muß, [481] oder durch Urteil ergangen ist - beim Arrestgericht [482] den Antrag stellen, dem Antragsteller möge durch Beschluß eine Frist zur Erhebung der Klage in der Hauptsache aufgegeben werden. War bei Ablauf dieser Frist die Klage noch nicht erhoben, so hat das Arrestgericht auf Antrag des Antragsgegners zwingend den Arrest/ die einstweilige Verfügung durch Endurteil aufzuheben.

Die dogmatische Struktur dieses Verfahrens kompliziert sich deshalb, weil auch hier zwei Entscheidungen des Gerichtes sich gegenüberstehen, die sich gegenseitig bedingen und beeinflussen. Neben die den einstweiligen Rechtsschutz anordnende Entscheidung ist der Beschluß gestellt, der den Antragsteller zur Klageerhebung innerhalb einer bestimmten Frist verpflichtet. Ohne die erste Entscheidung ist die zweite gegenstandslos, jene bedingt somit diese. Und die zweite Entschei-

---

481) Thomas-Putzo § 926 Anm. 1b

482) dazu KG JW 27, 527; Stein-Jonas-Grunsky § 926 I; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 2 B einerseits; OLG Karlsruhe NJW 73, 1509 andererseits.

dung zeitigt in der Weise Wirkungen auf die erste, daß dem Antragsgegner die Möglichkeit eingeräumt wird, die Aufhebung des Arrestes bzw. der einstweiligen Verfügung zu erreichen, sollte nicht innerhalb der aufgegebenen Frist Klage erhoben sein. Dies ist eine Besonderheit, die der Vorläufigkeit des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens Rechnung trägt.

Dogmatisch ergeben sich weitere Differenzierungen, je nachdem, ob die Anordnung des Arrestes/ der einstweiligen Verfügung durch Beschluß oder Urteil erfolgte. Der Beschluß ist keiner Rechtskraft fähig, da gegen ihn dem Antragsgegner nur der unbefristete Widerspruch nach § 924 zusteht. Demgegenüber kann hinsichtlich eines Urteiles auch dann ein Aufhebungsverfahren betrieben werden, wenn dieses bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Damit liegt ein echter Fall der Durchbrechung der Rechtskraft vor, da sich die Fristbestimmung nicht als eine dem Urteil innewohnende Bedingung erweist, sondern als Zulässigkeitsvoraussetzung für ein gesondertes Verfahren, das zur Aufhebung der einstweiligen Rechtsschutzmaßnahme führt.

Diese dogmatische Verschiedenartigkeit der in § 926 erfaßten Fallgestaltungen ist nicht ohne Parallele zu den Fällen der §§ 707, 719. Denn auch diese erfassen sowohl nicht rechtskräftige Urteile wie auch rechtskräftige, deren Rechtskraft dann aus übergeordneten Gründen durchbrochen wird.[483]

Dennoch weicht die gesetzliche Konstruktion bei § 926 in einer interessanten Einzelheit von der bei den §§ 707, 719 ab, die sich aus der Eigenart des einstwei-

---

483) siehe oben S. 23 ff., 89 ff.

ligen Rechtsschutzverfahrens ergibt, ohne allerdings für die Frage einer entsprechenden Anwendbarkeit des § 707 entscheidendes Gewicht erlangen zu können. Denn wird dort zugleich gegen Titel und Anspruch vorgegangen, so geht es hier nur um den Titel, der materiellrechtliche Anspruch bleibt völlig unbeeinflußt.

Es besteht für den Schuldner - zumindest theoretisch - ein Bedürfnis nach einer einstweiligen Einstellung der Vollstreckung.[484] Ein praktisches Bedürfnis an einer solchen Einstellung dürfte aber angesichts der Tatsache, daß die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung, gleichwohl aber nach Gewährung rechtlichen Gehörs, ergehen kann, weitgehend zu verneinen sein. Doch ist dies eine Frage der konkreten Interessenabwägung im Einzelfall. Unter Berücksichtigung der Gleichartigkeit der dogmatischen Struktur und der Interessenlage der Parteien mit derjenigen der bei den §§ 707, 719 geregelten Fällen scheint eine entsprechende Anwendung des § 707 gerechtfertigt zu sein. Diese entsprechende Anwendbarkeit wird man jedoch entsprechend den Ausführungen zu einer einstweiligen Einstellung der Vollstreckung aus einer Leistungsverfügung - soweit eine solche in Rede steht - nur für die Fälle einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung von Handlungen und auf Sicherung von Besitzschutzansprüchen, nicht aber für diejenigen auf Zahlung einer Geldsumme und auf Abgabe einer Willenserklärung oder Vornahme einer sonstigen Handlung zuzulassen haben.[485]

---

484) OLG Düsseldorf OLGZ 70, 43 ff. = NJW 254 = MDR 58 f.; Stein-Jonas-Grunsky § 926 IV 1; Thomas-Putzo § 924 Anm. 5

485) dazu oben S. 112 ff., insbesondere S. 116 f., 117, 119 f.; a.A. Thomas-Putzo a.a.O.; § 940 Anm. 4d, die auch bei Unterlassungsansprüchen eine einstweilige Einstellung ausschließen wollen.

Eine einstweilige Anordnung hinsichtlich der Vollstreckung aus dem Arrestbefehl/ der einstweiligen Verfügung kommt frühestens nach Stellung eines Antrages nach § 926 in Betracht, nicht schon mit Ablauf der dem Antragsteller gesetzten Frist. Denn dieser Umstand ist vom Gericht nicht von Amts wegen, sondern nur auf einen Antrag hin zu beachten, § 926 Abs. 2. Mit der Aufhebung des Arrestes/ der einstweiligen Verfügung durch Endurteil bzw. der Zurückweisung eines darauf gerichteten Antrages verlieren einstweilige Anordnungen ihre Wirkungen, für sie besteht kein Bedürfnis mehr.

Bei der im Rahmen der Ermessensausübung durchzuführenden Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, daß der Antragsgegner/ Schuldner jedenfalls mit seinem Antrag durchdringen wird, da die Aufhebung zwingend vorgeschrieben ist. Demgegenüber mißbraucht der Antragsteller in der Regel [486] das Verfahren zur Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes, um sich ungerechtfertigte Vorteile zu sichern, wenn er den gesicherten Anspruch nicht im Hauptverfahren geltend macht. Für diese Fälle wird dann ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an einer weiteren Vollstreckung regelmäßig entfallen. Die Interessenabwägung in § 707 wird damit bei § 926 auf eine Überprüfung der Erfolgsaussicht des Aufhebungsantrages zurückzuführen sein, also auf eine Beurteilung der Frage, ob der Gläubiger innerhalb der ihm bestimmten Frist Klage erhoben hat.

---

486) vgl. aber Baur Studien 80; Ausnahmen in der Beurteilung sind wohl auch bei durch einstweilige Verfügungen gesicherten Unterlassungsansprüchen zu machen, wenn die Unterlassungsverpflichtung bereits vor Durchführung eines Hauptverfahrens wieder erloschen bzw. gegenstandslos geworden ist.

Diesen Umständen, die das Gewicht der Parteiinteressen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bestimmen, und nach den vorstehenden Ausführungen - in Abweichung von den §§ 707, 719 Abs. 1 - den Interessen des Schuldners einen eindeutigen Vorrang einräumen, wird Bedeutung auch bei der Frage nach den möglichen Inhalten solcher einstweiliger Anordnungen beizumessen sein. Denn wird danach grundsätzlich nach einem Ausgleich der Interessen zu suchen sein, so kann doch nicht außer Betracht bleiben, daß bereits festgestellt worden ist, dem Gläubiger stehe in der Regel überhaupt kein schützenswertes Interesse zur Seite. Sind somit Gläubigerinteressen allenfalls in einem sehr beschränkten Umfange zu berücksichtigen, geben vielmehr regelmäßig allein die Schuldnerinteressen den Ausschlag für oder wider eine einstweilige Anordnung, so kann dem auch nur durch eine schlichte Einstellung der Vollstreckung bzw. die Aufhebung bereits durchgeführter Vollstreckungsmaßregeln Genüge getan werden.

Die Anordnung einer Sicherheitsleistung könnte zwar dann sinnvoll erscheinen, wenn diese anders beschaffen ist als diejenige, die der Gläubiger durch eine Sicherungsvollstreckung aus dem Arrest/ der einstweiligen Verfügung erlangt hat. Doch verbietet sich eine solche m.E. aus der schwach gezeichneten Stellung des Gläubigers, die dazu führt, daß er nicht mehr als schutzbedürftig im Sinne einer Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln nur gegen Sicherheitsleistung anzusehen ist. Zudem könnte der Schuldner die gleiche Wirkung, die durch eine Aufhebung gegen Sicherheitsleistung gezeitigt wird, auch durch die Hinterlegung der Abwendungssumme, § 923, erzielen. Bei der Festlegung des Inhaltes einstweiliger Anordnungen kann es mithin nur um die Aufhebung bereits vollzogener Vollstreckungsmaß-

nahmen ohne Sicherheitsleistung gehen.

Als letztes Sonderproblem soll in diesem Zusammenhang noch die Frage erörtert werden, ob eine einstweilige Einstellung nur dann zuzulassen sein wird, wenn die Aufhebung eines vom Gericht der Hauptsache, nicht lediglich vom Amtsgericht, §§ 919 Fall 2, 942, angeordneten Arrestes/ einer einstweiligen Verfügung begehrt wird.[487] Die bejahende Auffassung wird auf die Begründung gestützt, die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung, nämlich die Klageerhebung in der Hauptsache, müsse auch noch nach Verstreichen der gesetzten Frist beachtet werden, so daß das Amtsgericht nicht beurteilen könne, ob es eine Anordnung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren wird voraussichtlich aufheben können oder nicht. Dieser Schluß vermag indes nicht einzuleuchten. Denn auch das Gericht der Hauptsache vermag bei seiner Entscheidung über eine einstweilige Einstellung, der eine Überprüfung der Erfolgsaussicht des Aufhebungsantrages vorausgeht, nicht zu beurteilen, ob bis zu seiner Entscheidung über diesen Antrag der Gläubiger letztlich noch Klage in der Hauptsache erhoben hat oder noch erheben wird. Ist dies der Fall, so wird der Einstellungsbeschluß aufzuheben sein, was auch das Amtsgericht zu leisten vermag. Diese Aufhebung kann von Amts wegen oder auch auf Antrag des Gläubigers erfolgen. Das Amtsgericht wird durch entsprechende verfahrensleitende Verfügungen dafür Sorge tragen müssen, daß ihm eine später etwa noch erfolgte Klage-

---

487) so OLG Düsseldorf a.a.O.; a.A. Stein-Jonas-Grunsky a.a.O.; Thomas-Putzo § 926 Anm. 3b; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 2 B

erhebung zur Kenntnis kommt. Dies wird insbesondere durch Auflagen an die Parteien erreicht werden können. Es sei nicht verkannt, daß es hier zu "Reibungsverlusten" kommen kann, die dazu führen, daß der Gläubiger, gleichwohl er Klage zur Hauptsache erhoben hat, durch den Einstellungsbeschluß und dessen nicht erfolgter Aufhebung an der Vollstreckung aus dem Arrest/ der einstweiligen Verfügung gehindert wird. Dies wird man jedoch deshalb in Kauf nehmen können, weil der Gläubiger durch nichts gehindert wird, einen Antrag auf Aufhebung des Einstellungsbeschlusses beim Amtsgericht zu stellen. Zudem ist es m.E. prozeßökonomisch nicht sinnvoll, das Gericht der Hauptsache, wenn es nicht zugleich das Arrestgericht war, im Aufhebungsverfahren erstmals mit dem Arrest/ der einstweiligen Verfügung zu befassen. Dies aber müßte die Folge sein, wollte man dem Schuldner nicht überhaupt die Möglichkeit einer einstweiligen Einstellung für den Fall der Anordnung eines Arrestes/ einer einstweiligen Verfügung durch das Amtsgericht, das nicht zugleich das Gericht der Hauptsache ist, verwehren, was aber m.E. - wie dargelegt - nicht begründbar wäre. Es bleibt somit als Ergebnis festzuhalten, daß auch das Amtsgericht zur einstweiligen Einstellung der Vollstreckung im Aufhebungsverfahren befugt ist.

III. Einstweilige Anordnungen bei Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch das Amtsgericht nach § 942 ZPO

a) Der Antrag auf Ladung des Gegners nach § 942 Abs. 1 ZPO - Hat in dringenden Fällen das Amtsgericht eine einstweilige Verfügung erlassen, so ist dem Antragsteller in dieser zugleich eine Frist zu bestimmen, innerhalb der er ein Rechtfertigungsverfahren über die einstweilige Verfügung vor dem Gericht der Hauptsache durchführen muß, § 942 Abs. 1.

Leitet der Antragsteller das Rechtfertigungsverfahren durch einen Antrag auf Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung ein, so wird er dadurch nicht an einer weiteren Vollstreckung aus der einstweiligen Verfügung gehindert, da diesem Antrag keine die Vollstrekkung hemmende Wirkung zukommt. Das Rechtfertigungsverfahren dient der Überprüfung der einstweiligen Verfügung auf ihre Rechtmäßigkeit, also auf das Vorliegen von Verfügungsgrund und -anspruch, die beide der Glaubhaftmachung bedürfen. In ihm geht es somit um den materiell-rechtlichen Anspruch selbst wie auch um die einstweilige Verfügung als Vollstreckungstitel. Dies gleicht der Rechtslage bei Einlegung eines Widerspruchs nach § 924, mit dem einen Unterschied, daß dort dasselbe Gericht über den Fortbestand der einstweiligen Maßnahme entscheidet, während hier diese Entscheidung in die Befugnis eines anderen Gerichtes, nämlich das der Hauptsache, gestellt ist.

Um für die Schwebezeit einen sachgerechten Interessenausgleich herbeiführen zu können, bedarf es der Zulassung von einstweiligen Anordnungen. Fraglich ist jedoch, welcher gesetzlichen Regelung diese anzugleichen sind.

Möglich erscheint eine entsprechende Anwendung des § 572 Abs. 2 und 3 wie des § 707.

Für eine Angleichung an § 572 Abs. 2 und 3 scheint die Rechtsnatur der amtsrichterlichen Entscheidung als Beschluß zu sprechen. Doch daß diesem Umstand nur geringes Gewicht zukommen kann, ergibt sich bereits aus § 924 Abs. 3 Satz 2, der bei einem Widerspruch gegen einen als Beschluß ergangenen Arrest/ einstweilige Verfügung § 707 für entsprechend anwendbar erklärt. Kann somit dieser formale Grund eine entsprechende Anwendbarkeit weder der einen noch der anderen Regelung bewirken, so ist die Rechts- und Interessenlage bei § 942 mit denen der den §§ 572 Abs. 2 und 3, 707, 719 zugrunde liegenden Fällen zu vergleichen. Dabei ist insbesondere dem Umstand Beachtung zu schenken, daß die Durchführung des Rechtfertigungsverfahrens dem mit einem Widerspruch weitergeführten Verfahren nach § 925 gleicht. Zwar handelt es sich beim Antrag nach § 942 nicht um einen Rechtsbehelf, da dieser vom Gläubiger ausgeht. Doch zeitigt dieser gleichfalls keinen Devolutiveffekt im Sinne des Rechtsmittelrechtes. Denn nicht notwendig ist das Gericht der Hauptsache das dem Amtsgericht im Rechtsmittelzug übergeordnete Gericht. Demgegenüber handelt es sich bei einer Beschwerde um ein ordentliches Rechtsmittel, dem eine Devolutivwirkung zukommt. Diese Umstände rechtfertigen die entsprechende Anwendung der §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707. [488]

Es wird weiter die Auffassung vertreten, [489] dem Amts-

488) ebenso OLG Düsseldorf OLGZ 70, 43, 45 = NJW 254 = MDR 58; Stein-Jonas-Grunsky § 942 III 4; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 5 B; Wieczorek F IIIa, b

489) Lempp, Zweifelsfragen zur Zuständigkeit des Amtsgerichtes nach § 942 ZPO, NJW 75, 1920, 1922

gericht müsse bei einer Antragstellung nach § 942 auf Durchführung des Rechtfertigungsverfahrens eine Aussetzungsbefugnis in entsprechender Anwendung des § 572 Abs. 2 zugestanden werden. Gestützt wird dies darauf, daß ebenso wie bei einer sofortigen Beschwerde, § 577 Abs. 3, dem iudex a quo hier keine Abhilfebefugnis zusteht. Dies ist zwar richtig, doch wird dadurch noch nichts über die zu entscheidende Frage ausgesagt. Denn diese Übereinstimmung beruht auf verschiedenartigen, nicht miteinander vergleichbaren Umständen. Ergibt sich die fehlende Abhilfebefugnis des iudex a quo bei der sofortigen Beschwerde aus dem gesetzlichen Ausschluß, so stellt sich dies bei § 942 als Konsequenz aus den Eigenarten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens dar. Diese bestehen darin, daß zunächst - ähnlich einem Vorverfahren - dem eigentlichen Urteilsverfahren ein Beschlußverfahren vorgelagert sein kann, angesichts dessen das rechtsstaatliche Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs nur über die Zulassung eines außerordentlichen Rechtsbehelfes gewahrt ist, um den Schuldner nicht durch den Verlust einer Instanz in seinen Rechtsschutzmöglichkeiten zu beschneiden. Auch ist zu bedenken, daß dem iudex a quo die Aussetzungsbefugnis nach § 572 Abs. 2 gerade auch bei der einfachen Beschwerde eingeräumt ist, obwohl ihm dort zusätzlich eine Abhilfebefugnis zukommt. Schon in Anbetracht dessen ist dieser Gesichtspunkt nicht tragfähig.

Die Auffassung, die dem Amtsgericht eine Abwendungsbefugnis zugesteht, beruht auf einer Vermischung der verschiedenartigen Strukturen der einzelnen Verfahren. Geht man von einer entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 aus, dann kommt m.E. eine Aussetzungsbefugnis des Amtsgerichtes in entsprechender

Anwendung des § 572 Abs. 2 nicht in Betracht.

b) Der Antrag auf Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nach § 942 Abs. 3 ZPO - Die Sachlage bei § 942 Abs. 3 ähnelt der bei § 926. Das Amtsgericht der belegenen Sache erläßt durch Beschluß eine einstweilige Verfügung unter der Bestimmung einer Frist, innerhalb der der Antragsteller bei dem Gericht der Hauptsache die Durchführung eines Rechtfertigungsverfahrens zu beantragen hat. Kommt der Antragsteller dieser Verpflichtung nicht nach, so ist auch hier dem Antrag des Antragsgegners auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung zwingend zu folgen.

Gleichwohl ergeben sich Unterschiede hinsichtlich der dogmatischen Struktur. Während in § 926 Abs. 2 die Versäumung einer Frist zur Erhebung der Klage in der Hauptsache vorausgesetzt wird, bezieht sich das Rechtfertigungsverfahren in § 942 auf die einstweilige Verfügung selbst. Dieser Unterschied findet seinen Ausdruck auch in der Entscheidungsform, in der die Aufhebung zu erfolgen hat: Die Aufhebung nach § 926 erfolgt durch Urteil, Abs. 2, diejenige nach § 942 durch Beschluß, Abs. 4.

Doch können hieraus m.E. keine Schlüsse auf eine gegenüber § 926 unterschiedliche Entscheidung bei § 942 in bezug auf die einstweilige Einstellung der Vollstrekkung gezogen werden, da sich die Interessenlagen gleichen, und zudem diese Abweichungen nicht so schwerwiegend sind, daß sie die Gewichtung der Interessen der Parteien im Hinblick auf die Interessenabwägung verschieben könnten. Im Gegenteil hat auch hier der Antragsteller, der seiner Verpflichtung zur Durchführung des

Rechtfertigungsverfahrens vor dem Gericht der Haupt=sache nicht Folge leistet, seine Rechte aus der einst=weiligen Verfügung nach der gesetzlichen Wertung ver=wirkt.

Stellt der Antragsteller einen solchen Antrag nicht bis zum Erlaß des Aufhebungsbeschlusses, so kann er trotzdem weiterhin aus der einstweiligen Verfügung die Vollstreckung gegen den Schuldner betreiben. Es be=steht somit ein Bedürfnis nach einer einstweiligen Einstellung zumindest dem Grundsatze nach. Diesem wird durch eine entsprechende Anwendung der §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 sachgerecht Genüge getan. Für das Weitere kann deshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

IV. Die Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände, § 927 ZPO

In § 927 wird dem Antragsgegner die Möglichkeit eröffnet, die Aufhebung des Arrestes/ der einstweiligen Verfügung wegen einer Veränderung der Umstände zu erreichen, die bei Erlaß der Entscheidung zugrunde gelegt worden sind. Beispielhaft für die Anforderungen, die an eine solche Veränderung zu stellen sind, nennt das Gesetz die Erledigung des Arrest(Verfügungs)grundes und das Erbieten des Schuldners zur Sicherheitsleistung, also Umstände, die entweder eine einstweilige Maßnahme überhaupt unzulässig bzw. unbegründet machen, oder aber dem Gläubiger ausreichend Sicherheit gewähren.

In dogmatischer Hinsicht wird in § 927 klargestellt, daß Arreste/ einstweilige Verfügungen unter der clausula rebus sic stantibus stehen. Gleichgültig ist dabei insbesondere, ob das einstweilige Rechtsschutzverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist, und ob die Entscheidung durch Beschluß oder Urteil erging. Durch das Aufhebungsverfahren kann die Aufhebung des Vollstreckungstitels erreicht und damit dessen Rechtskraft durchbrochen werden, soweit er überhaupt einer solchen fähig ist. Dabei bleiben Arrest(Verfügungs)grund und -anspruch, wie sie dem Titel zugrunde liegen, unberührt. Gleichgültig ist, ob sie damals wirklich bestanden haben. Hier zählt nur, daß Umstände geltend gemacht werden, die z.B. den Grund für eine einstweilige Rechtsschutzmaßnahme entfallen ließen, d.h. daß dieser jetzt nicht mehr besteht. Damit ergibt sich eine Parallele zur Abänderungsklage nach § 323. [490] Doch liegt der

490) nicht jedoch zur Vollstreckungsgegenklage, da diese

Grund für die clausula rebus sic stantibus bei § 323 in der Unvorhersehbarkeit der Entwicklung der bei der Verurteilung auf künftige Leistungen zugrunde gelegten Umstände, während bei § 927 die Voraussetzungen eines Arrestes/ einer einstweiligen Verfügung weggefallen sind, d.h. kein Sicherungsbedürfnis auf seiten des Gläubigers mehr besteht. Dies kommt durch die beispielhafte Aufzählung in § 927 deutlich zum Ausdruck: der Wegfall des Arrest(Verfügungs)grundes beseitigt das Bedürfnis nach einer Durchsetzung des Anspruches im Wege der Sicherungsvollstreckung ohne die Durchführung eines ordentlichen Erkenntnisverfahrens. Gleiches ergibt sich in bezug auf die Stellung einer Sicherheit für den Anspruch bis zu dessen rechtskräftiger Klärung im Verfahren der Hauptsache. Es sind damit einerseits die Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Rechtsschutzmaßnahme nicht mehr gegeben, andererseits besteht für den Antragsteller die Möglichkeit fort, bis zur Entscheidung über den Aufhebungsantrag die Vollstreckung aus dem Titel weiter zu betreiben und dem Antragsgegner dadurch materiellen Schaden zuzufügen, weil die Antragstellung selbst noch keine Hemmung des Arrest(Verfügungs)vollzuges bewirkt. [491]

Besteht mithin ein Bedürfnis nach einstweiligen Anordnungen, so bedarf der weiteren Klärung, ob diese in entsprechender Anwendung der §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 oder des § 769 erlassen werden können. Übereinstimmend wird in Rechtsprechung und Literatur eine ent-

---

nicht zur Durchbrechung der Rechtskraft des Urteiles führt, und diesem in der Regel nicht die Bedingung einer abweichenden Entscheidung infolge veränderter Verhältnisse eigen ist.

491) Schönke-Baur § 48 VII 2a

sprechende Anwendung der §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 angenommen, [492] ohne daß dies allerdings näher begründet wird.

In § 769 sind einstweilige Anordnungen zugelassen, wenn etwa materiell-rechtliche Einwendungen gegen die Vollstreckung aus diesem Titel, §§ 767, 768, oder in diesen Gegenstand, § 771, vorgebracht werden. Bei den §§ 707, 719 erfolgt die Anknüpfung an die formell-rechtlichen Gesichtspunkte der Weiterführung des Verfahrens über diesen Anspruch, wobei das Ziel verfolgt wird, den Titel und den in diesem verbrieften materiell-rechtlichen Anspruch anzugreifen. Der § 927 vereinigt Elemente beider Fallgruppen in sich. Mit § 767 hat er gemein, daß die Zulässigkeit und Begründetheit des Antrages im Zeitpunkt des Erlasses einer Entscheidung hingenommen wird. Es wird lediglich vorgebracht, zum jetzigen Zeitpunkt könnte diese nicht mehr erlassen werden. Anders als bei § 767 führt dies dogmatisch aber nicht nur zum Ausspruch der Unzulässigkeit der Vollstreckung aus dem Titel, sondern zu dessen Aufhebung, § 927 Abs. 1 a.E.. Dies stellt eine Parallele zu den §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 dar, da die diesen zugrunde liegenden Fallgruppen ebenfalls auf die Aufhebung des Vollstreckungstitels abzielen.

Auch hinsichtlich der Gewichtung der Parteiinteressen bewegt sich § 927 zwischen den §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 und § 769. Besteht in § 707 wegen der Anfechtung des Titels ein relativ schwacher Vertrauensschutz

492) OLG Braunschweig MDR 56, 557 f.; Stein-Jonas-Grunsky § 927 VI; Thomas-Putzo 1a; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4; Schönke-Baur a.a.O.; Pastor 297; Junghanss 28

des Gläubigers, und ist demgegenüber dieser in § 769 verhältnismäßig stark, da er auf den von ihm erstrittenen, nicht angefochtenen Titel verweisen kann, so ist bei § 927 zu bedenken, daß sich Arreste/einstweilige Verfügungen von vornherein einer Beurteilung nach der clausula rebus sic stantibus unterziehen lassen müssen. Dies mindert die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Gläubigers in deren Bestand. Andererseits steht für den Gläubiger, daß eine Anfechtung des Titels nicht stattgefunden hat. Diese Fallgestaltung ist somit der Interessengewichtung nach zwischen § 707 und § 769 angesiedelt. Da das Instrumentarium der möglichen Inhalte von einstweiligen Anordnungen in § 707 weitreichender und beweglicher zu handhaben ist, wird dessen entsprechende Anwendung vorzuziehen sein. Allerdings wird in der konkreten Interessenabwägung des Einzelfalles die hier gezeichnete Interessengewichtung zu beachten sein.

V. Die nachträgliche Aufhebungsklage gegen einen rechtskräftig für vollstreckbar erklärten Schiedsspruch, § 1043 ZPO

Der Aufhebungsklage nach § 1043 liegt die prozessuale Situation zugrunde, daß ein Schiedsspruch durch Beschluß, § 1042c Abs. 1 Satz 1, oder Urteil, § 1042c Abs. 2 Satz 2, rechtskräftig für vollstreckbar erklärt worden ist. Gleichwohl kann der Schuldner die Aufhebung des Schiedsspruches aus den in § 1041 Abs. 1 Ziff. 6 angeführten Gründen betreiben. Es sind dies die in § 580 Ziff. 1 - 6 angeführten Restitutionsgründe, die schwere Verfälschungen der Entscheidungsgrundlage zum Gegenstand haben. Eine weitere Parallele zum Wiederaufnahmeverfahren (vgl. die §§ 579 Abs. 2, 582) ergibt sich aus der Voraussetzung, daß der Schuldner ohne sein Verschulden außerstande gewesen sein muß, den Aufhebungsgrund im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches, § 1042 Abs. 2, einschließlich eines evt. Rechtsmittelverfahrens geltend zu machen.

Mit der Klage nach § 1043 wird die Aufhebung des Schiedsspruches verfolgt. Damit wird nicht nur eine Suspendierung der Vollstreckungswirkungen - wie bei § 767 - bezweckt, sondern auch die Durchbrechung der Rechtskraft des Schiedsspruches, § 1040, erreicht. Insoweit gleicht die Aufhebungsklage ganz der Restitutionsklage. Abweichungen ergeben sich lediglich aus den Besonderheiten des schiedsgerichtlichen Verfahrens. So führt die Aufhebungsklage nach § 1043 bereits bei Durchgreifen der Restitutionsgründe nach § 580 Ziff. 1 - 6 zur Aufhebung des Schiedsspruches selbst, während bei der Restitutionsklage dann erst eine erneute Ver-

handlung und Entscheidung in der Hauptsache eröffnet wird. Dies folgt bereits aus dem Umstand, daß der Titel einem privatgerichtlichen, nicht einem staatlichen Verfahren entstammt, und daß kraft Parteivereinbarung auch nach Aufhebung des Schiedsspruches eine weitere Entscheidung über den Rechtsstreit im schiedsgerichtlichen Verfahren herbeizuführen ist, oder aber Klage vor einem ordentlichen Gericht erhoben werden muß. [493]

Allein die Erhebung der Aufhebungsklage führt noch keine Hemmung der Vollstreckung aus dem vollstreckbar erklärten Schiedsspruch herbei. Für den Schuldner besteht damit die Gefahr einer ungerechtfertigten Vollstreckung. Denn der Aufhebungsbeklagte hat, wenn die Klage zulässig und begründet ist, keinen Anspruch auf seine Befriedigung aus dem Titel durch Vollstreckungsmaßnahmen, da dieser der Aufhebung und damit der rückwirkenden Vernichtung unterliegt. [494]

Angesichts der weitgehenden Ähnlichkeit der Aufhebungsklage nach § 1043 mit der Restitutionsklage scheint eine entsprechende Anwendung des § 707 gerechtfertigt zu sein. [495] Doch werden auch hier möglicherweise gewisse Korrekturen anzubringen sein, die auf der Verschiedenartigkeit der Interessengewichtung beruhen können.

---

493) dazu und zur Abgrenzung RGZ 114, 165, 170; OLG Bremen NJW 57, 1035 f.; BAG KTS 65, 56, 59; Stein-Jonas-Schlosser § 1041 III; Schwab 189

494) Stein-Jonas-Schlosser § 1043 I; Baumbach-Lauterbach-Albers B; Thomas-Putzo 2d; Schwab 218

495) ebenso Stein-Jonas-Schlosser a.a.O.; Thomas-Putzo a.a.O.; Junghanss 37

Prüft und bejaht das Gericht die Erfolgsaussicht der Aufhebungsklage, so ist hinsichtlich des Gewichtes der Parteiinteressen beachtlich, worauf die Klage gestützt wird. Denn beruht sie auf einem mutmaßlich gesetzwidrigen Verhalten des Aufhebungsbeklagten selbst, so hat er sich schon damit seiner Schutzwürdigkeit im summarischen Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung begeben. Gleiches wird zu gelten haben, wenn er das gesetzwidrige Verhalten eines Dritten veranlaßt hat. In diesen Fällen wird man auch den Inhalt einer einstweiligen Anordnung auf eine schlichte Einstellung zu beschränken haben. Ob allerdings in der Praxis jemals die Beeinflussung eines Dritten zu einem gesetzwidrigen Verhalten wird glaubhaft gemacht werden können, erscheint zweifelhaft.

VI. Die Klage auf Aufhebung der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruches nach § 1044 Abs. 4 ZPO

Grundsätzlich bedarf ein ausländischer Schiedsspruch zu seiner Vollstreckbarkeit einer Vollstreckbarerklärung durch ein inländisches Gericht. Das Verfahren auf Vollstreckbarerklärung richtet sich nach den §§ 1042 ff., soweit in Staatsverträgen nichts anderes bestimmt ist, § 1044 Abs. 1 Satz 1. Damit wird die Vollstreckbarerklärung durch Beschluß, nach Widerspruch dagegen durch Urteil ausgesprochen. Insoweit gelten für einstweilige Anordnungen hinsichtlich der Vollstreckung keine Besonderheiten, da ein gesetzlicher Fall einer Analogie vorliegt, §§ 1044 Abs. 1 Satz 1, 1042c Abs. 2 Satz 3. [496]

Etwas anderes ergibt sich jedoch, wenn nach der Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches im Inland dieser im Ausland wieder aufgehoben wird. Hier wird dem Schuldner die Klage auf Aufhebung der Vollstreckbarerklärung eröffnet, § 1044 Abs. 4. Zu beachten ist aber, daß der Schuldner entsprechend § 1043 Abs. 1 in vielfältiger Weise mit seinem Vorbringen präkludiert sein kann. Denn er muß seine Einwendungen gegen den Schiedsspruch bzw. dessen Aufhebung im Ausland bereits im Vollstreckbarerklärungsverfahren geltend machen - sofern sie zu diesem Zeitpunkt bereits bestanden haben und somit erhoben werden konnten -, andernfalls er diese Rechte verwirkt hat. [497]

---

496) Junghanss 36

497) Schwab 230

Die nachträgliche Aufhebung der Vollstreckbarerklärung bleibt auf die Fälle einer nachträglichen Aufhebung des Schiedsspruches im Ausland beschränkt. Denn das Zustandekommen des Titels sowie seine Wirksamkeit beurteilt sich notwendig ausschließlich nach ausländischem Recht, und zwar auch in den Fällen einer ansonsten im Inland zulässigen Aufhebungsklage nach den §§ 1043 Abs. 1, 1041 Abs. 1 Ziff. 6, 580 Ziff. 1 - 6. [498]

Die dogmatischen Grundlagen unterscheiden sich bei § 1044 Abs. 4 von denjenigen bei § 1043. Dort ging es um die nachträgliche Aufhebung des Schiedsspruches, die deshalb die Unwirksamkeit der Vollstreckbarerklärung zur Folge hat, weil sie ohne diesen gegenstandslos ist, weshalb auch zugleich die Vollstreckbarerklärung aufzuheben ist, § 1043 Abs. 3. Anders verhält es sich dagegen bei § 1044 Abs. 4. Hier enthält die rechtskräftige Vollstreckbarerklärung zugleich die rechtskräftige Anerkennung des ausländischen Schiedsspruches, [499] die allein durch dessen Aufhebung im Ausland nicht beseitigt werden kann. Dazu bedarf es vielmehr noch der Aufhebung der Vollstreckbarerklärung. Ist diese bei § 1043 Abs. 3 lediglich deklaratorischer Natur, [500] so

---

498) RTDrucksache 1928/2298 S. 7 zu § 1044; Stein-Jonas-Schlosser § 1044 VI 4

499) Dies zeigt ein Gegenschluß aus § 1044 Abs. 3, der, wenn die Vollstreckbarerklärung aus den in § 1044 Abs. 2 genannten Gründen abzulehnen ist, die Ablehnung der Anerkennung anordnet - im Gegensatz zu § 1042 Abs. 2, der die Aufhebung des Schiedsspruches vorsieht. Vgl. zur ähnlichen Rechtslage bei ausländischen Urteilen die §§ 722 Abs. 1, 723 Abs. 1, 328.

500) ebenso Baumbach-Lauterbach-Albers § 1043 Anm. 2 B; Schwab 218, wenn beim Unterlassen der Aufhebung der Vollstreckbarerklärung eine Berichtigung nach § 319 für zulässig erachtet wird, "weil der Ausspruch sachlich nichts Neues enthält".

kommt ihr hier ein konstitutiver Charakter zu. Dieser Unterschied wird jedoch auf die weitere Betrachtung keine Auswirkungen haben können, da er lediglich auf dem Umstand beruht, daß ein ausländischer Schiedsspruch in Streit steht. Dies bewirkt ein Nebeneinander von aus- und inländischer Gerichtsbarkeit, führt letztlich aber doch zu demselben Ergebnis.

Dies gilt namentlich für die Beurteilung der Interessenlage der Parteien. Hier kann es keinen Unterschied machen, daß bei § 1044 Abs. 4 der Schiedsspruch bereits nicht mehr existent ist, während er bei § 1043 noch besteht, da jedenfalls bei ausländischen Schiedssprüchen Vollstreckungstitel allein die Vollstreckbarerklärung ist - ungeachtet der Frage, ob bei inländischen Schiedssprüchen Vollstreckungstitel diese in Verbindung mit der Vollstreckbarerklärung oder aber die Vollstreckbarerklärungen alleine sind -, und sich somit die Interessenlagen gleichen. Aufgrund dieser Gemeinsamkeiten ist auch hier die entsprechende Anwendung des § 707 für zulässig zu erachten.[501]

Es werden jedoch auch hier Einschränkungen zu machen sein. So wird bei der Interessenabwägung regelmäßig nur die Erfolgsaussicht der Klage berücksichtigt werden können. Dies ergibt sich aus folgendem: Der Schuldner wird die Aufhebung des Schiedsspruches in der Regel durch Vorlage der ausländischen Entscheidung nachzuweisen versuchen. Kann er aber eine solche vorlegen, so sind die objektiven Interessen des Gläubigers an einer weiteren Vollstreckung jedenfalls so schwach, daß sie bei der Entscheidung über eine einstweilige Anordnung keine Berücksichtigung mehr finden können. Deshalb kann ein

501) Stein-Jonas-Schlosser § 1044 VI 2; Thomas-Putzo 6d; § 1043 Anm. 2d

sachgerechter Interessenausgleich nur durch eine schlich=
te einstweilige Einstellung erreicht werden.

VII. Die Klage aus § 826 BGB gegen die Vollstreckung aus einem arglistig erschlichenen, rechtskräftigen Urteil

a) Regelungsbereich und Problemstellung - Wurde von den Parteien oder von Dritten die Urteilsgrundlage so schwerwiegend verfälscht, daß der Urteilsspruch deshalb nicht mehr mit der materiellen Rechtskraft übereinstimmt, so steht der benachteiligten Partei ein Recht auf die Wiederaufnahme des Verfahrens unter den Voraussetzungen der Restitutionsklage des § 580 zu. Dadurch wird die Zulässigkeit der Wiederaufnahme enumerativ beschränkt. Von den dort aufgeführten Fällen werden jedoch nicht alle die Situationen erfaßt, die die Erlangung bzw. Ausnutzung eines rechtskräftigen Urteiles als arglistig erscheinen lassen. Zur Ausfüllung dieser "Lücke" wurde vornehmlich von der Rechtsprechung die Klage wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung aus § 826 BGB auch gegen rechtskräftige Urteile zugelassen.

Erhebt der Benachteiligte die Klage aus § 826 BGB, so wird dadurch die Zulässigkeit der Vollstreckung aus dem rechtskräftigen Urteil nicht berührt, da dessen Vollstreckbarkeit nicht gehemmt wird. Es stellt sich dann die Frage nach der Möglichkeit von einstweiligen Anordnungen hinsichtlich der Vollstreckung aus dem Urteil.

b) Die Zulässigkeit der Klage aus § 826 BGB [502] - Kon=

---

502) Diese Frage beschäftigte Rechtsprechung und Literatur in starkem Maße; vgl. etwa RGZ 155, 55, 60; 156, 265, 269; 163, 287, 290; 165, 26, 28; 168, 1, 12; BGHZ 13, 71; 26, 391, 396; 40, 130, 132 f.; 50, 115, 117; NJW 51, 759; LM § 826 BGB (Fa) Nr. 3,

kurrenzverhältnis zur Wiederaufnahme des Verfahrens -
(1) Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes wie des Bundesgerichtshofes [503] geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit einer solchen Klage aus. Dabei bringt es die allgemeine Natur des Begriffes "vorsätzliche sittenwidrige Schädigung" mit sich, daß die konkrete Zulässigkeit für den Einzelfall jeweils neu entwickelt werden muß, im Grunde sich also in der Frage der Zulässigkeit eine Kasuistik herausgebildet hat. Man wird sich jedoch zu vergegenwärtigen haben, daß ein Teil der vom Reichsgericht über die Zulässigkeit einer Klage nach § 826 BGB entschiedenen Fälle durch die Novellierung [504] des § 580 Ziff. 3 und die Einführung der Wahrheitspflicht der Parteien, § 138 Abs. 1, ohnehin jetzt mit der Restitutionsklage zu verfolgen wäre. [505] Der Bundesgerichtshof sucht der Gefahr einer Ausweitung der Fälle, in denen die Rechtskraft des früheren Urteiles mit einer Klage aus § 826 BGB übergangen werden kann, durch eine Beschränkung auf äußerste Fälle und die Aufstellung strenger Anforderungen zu begegnen. [506]

9; LM § 322 ZPO Nr. 10; WM 78, 1130 = JuS 79, 66; aus der Vielzahl der Literatur sei lediglich hingewiesen auf Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 X; Braun, Rechtskraft und Restitution, Erster Teil, Der Rechtsbehelf gem. § 826 BGB gegen rechtskräftige Urteile, 1979 (zugl.Diss.Mannheim 1978); Gaul, Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechtes...; Spellenberg, Rechtskraft und Gerechtigkeit - LG Hannover NJW 79, 221, JuS 79, 554 ff.; Thumm, Die Klage aus § 826 BGB...

503) vgl. dazu die Hinweise bei Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 XI 4 in Fußn. 249 - 263

504) Verordnung vom 26.10.1943 (RGBl. I S. 631)

505) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 XI 4d; Bruns, Zum Problemkreis des Wiederaufnahmerechts, FamRZ 57, 201 ff., 203; Reinicke NJW 52, 3, 6; Thumm 14; Zeiss ZPR § 76 II 2

506) BGH LM § 826 BGB (Fa) Nr. 6 = NJW 56, 505 = FamRZ

Die Rechtsfolgen einer Klage aus § 826 BGB sollen sich auf materiell-rechtliche wie prozessuale Wirkungen richten. So soll mit ihr Schadensersatz geltend gemacht sowie die Unterlassung der Zwangsvollstreckung und die Herausgabe des Titels erreicht werden können.[507]

(2) Die Restitutionsklage nach § 580 und die Klage aus § 826 BGB unterscheiden sich nicht nur in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen, sondern auch ihrer dogmatischen Struktur nach.

Mit der Restitutionsklage wird die Aufhebung des Urteiles mit rückwirkender Kraft und die Neuentscheidung in der Hauptsache erstrebt.[508] Sie führt zu einer echten Durchbrechung der Rechtskraft des Urteiles. Mit ihr können keine materiellen Mängel, sondern lediglich Mängel im Zustandekommen der Urteilsgrundlage geltend gemacht werden.

Demgegenüber läßt die Klage nach § 826 BGB das frühere Urteil in dessen Bestand und Grundlagen unberührt. Dessen prozessuale Wirkungen werden der Form nach nicht beseitigt - so etwa die formelle und die materielle (?) Rechtskraft wie die Vollstreckungswirkungen -, dem Gläu-

---

144; LM § 826 BGB (Fa) Nr. 15 = NJW 64, 1672 = MDR 836; BGHZ 40, 130 = NJW 64, 309 = MDR 124 = JZ 514; NJW 64, 1277

507) etwa BGHZ 26, 391 = NJW 58, 826 = MDR 413; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 XI 4c; Rosenberg-Schwab § 163 II 1; Reinicke NJW 52, 5

508) Rosenberg-Schwab § 160 II 1

biger wird lediglich die Ausübung der sich aus dem Ti=
tel ergebenden Rechte untersagt. Damit wird zwar for=
mal die Rechtskraft des früheren Urteiles nicht durch=
brochen, doch werden hinsichtlich der materiellen
Rechtskraft tatsächlich die gleichen Wirkungen wie
durch eine Rechtskraftdurchbrechung gezeitigt. [509]
Auch werden mit dieser Klage aus dem materiellen Recht
entspringende Ansprüche geltend gemacht.

(3) Hält man eine Klage nach § 826 BGB für zulässig,
so stellt sich die Frage nach ihrem Verhältnis zur Re=
stitutionsklage. Die höchstrichterliche Rechtsprechung
[510] hält - obwohl die Zulässigkeit der Klage aus § 826
BGB an Hand der von der Restitutionsklage nicht erfaß=
ten Fallgestaltungen entwickelt worden war - beide
Klagen nebeneinander für anwendbar, d.h. die Klage
nach § 826 BGB soll auch bei Fällen zulässig sein, die
an sich der Restitutionsklage unterfallen. Die Bedenken
gegen eine solche Rechtsprechung sollen hier nicht ver=
tieft werden. Es sei nur bemerkt, daß es eigentlich mit
der juristischen Methodik nicht vereinbar erscheint,
neben einem gesetzlichen Rechtsbehelf eine weitere Rechts=
schutzmöglichkeit zu entwickeln, die zudem in ihrer
Zulässigkeit angreifbar und von einer gänzlich ande=
ren dogmatischen Strukturierung, die auch zu abweichen=
den Ergebnissen führt, geprägt ist als jener.

c) Für die folgende Betrachtung soll mit der Recht=
sprechung von der Zulässigkeit einer Klage nach § 826

---

509) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 XI 4d; Rosen=
berg-Schwab § 163 II 1

510) BGH LM § 826 BGB (Fa) Nr. 7; BGHZ 50, 115 = NJW
68, 1275 = MDR 661; BAG NJW 70, 1147; a.A. OLG
Celle NJW 66, 2020

BGB ausgegangen werden. Es stellt sich dann die Frage nach der Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen hinsichtlich der Vollstreckung aus dem früheren Urteil, wenn der Schuldner eine solche Klage erhoben hat. Der Meinungsstand hierzu ist nicht einheitlich.

(1) Hinsichtlich der Interessenlage der Parteien ergeben sich Differenzierungen, je nachdem, welches Ziel der Schuldner mit der Klage aus § 826 BGB verfolgt. Ist dieses auf die Wiederherstellung des Zustandes vor der Vollstreckung aus dem früheren Urteil bzw. auf Schadensersatz in Geld gerichtet, so kann in der Regel eine einstweilige Anordnung überhaupt nicht mehr in Betracht kommen, da die Vollstreckung dann meistens schon beendet sein wird. Ist das Klageziel dagegen auch die Unterlassung der Zwangsvollstreckung bzw. die Herausgabe des Titels, so kann der Schuldner durchaus ein Interesse daran haben, daß dem Gläubiger bis zur Entscheidung über die Klage die Möglichkeit der Vollstreckung aus dem Urteil genommen wird.

(2) Fraglich ist, ob einstweilige Anordnungen in entsprechender Anwendung des § 707 für zulässig zu erachten sind. Dies wird teilweise mit dem Hinweis bejaht, Gegenstand der Klage nach § 826 BGB sei ebenso der materielle Anspruch des Vorprozesses, wie dies bei den den §§ 707, 719 zugrunde liegenden Rechtsbehelfen der Fall sei. [511] Doch ist dies nicht richtig. Den Gegenstand dieses Verfahrens bildet nur die Frage, ob sich der Gegner ein arglistiges Handeln hat zuschulden kommen lassen, und ob dieses ursächlich für das Urteil war. Die Geltendmachung des Anspruches aus § 826 BGB

---

511) KG (Ost) NJ 51, 236

darf dagegen nicht dazu führen, den im Vorprozeß rechtskräftig beschiedenen Anspruch in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht wie in einem wiederaufgenommenen Verfahren erneut zu prüfen.[512]

Es ist vielmehr zu fragen, ob diese von der Restitutionsklage abweichende dogmatische Struktur eine andere Beurteilung rechtfertigen kann.[513] Für eine Gleichbehandlung scheint die Parallelität der mit der Restitutionsklage bzw. mit der Klage aus § 826 BGB verfolgten Intention zu sprechen, dem Gläubiger trotz eines rechtskräftigen Titels die Möglichkeit der Vollstrekkung zu nehmen. Vertritt man zudem mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Nebeneinander beider Klagen, so würde eine Andersbehandlung für den Schuldner die Beschneidung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten bedeuten.

Gegen eine Gleichbehandlung spricht jedoch m.E. ganz allgemein die Dogmatik des Rechtsschutzes über § 826 BGB, die hier eben nicht zur Aufhebung des Titels führt, sondern diesem nur eine Beschränkung hinsichtlich der Vollstreckbarkeit auferlegt. Dies deutet doch eher eine Rechtsähnlichkeit zu § 767 an, so daß - ausgehend von der hier vertretenen Auffassung einer sachgerechten Differenzierung zwischen den §§ 707, 769 nach der dogmatischen Struktur sowie der Gewichtung der Parteiinteressen - an eine entsprechende Anwendung des § 769 zu denken wäre.

Für eine entsprechende Anwendbarkeit des § 707 spre-

---

512) BGH LM § 826 BGB (Fa) Nr. 6 = NJW 56, 505 = FamRZ 144

513) bejahend KG ZZP 54, 104 m.zust.Anm. Weber; Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 27

chen auch keine prozeßökonomischen Gründe. Der Grundsatz der Prozeßökonomie drückt die dem Prozeßrecht immanente Forderung aus, innerhalb der geltenden Verfahrensregelung diejenige Verfahrensweise zu wählen, die dem Postulat einer zügigen Durchführung des Rechtsstreites zuvörderst Rechnung trägt. Er kann jedenfalls nicht zur Rechtfertigung systemwidriger Analogien herangezogen werden. Einstweilige Anordnungen in entsprechender Anwendung des § 707 sind danach nicht zulässig.

(3) Ganz überwiegend wird in Rechtsprechung und Literatur jedoch auch die entsprechende Anwendbarkeit des § 769 verneint. [514] Dies wird in verschiedenartiger Weise zu begründen versucht. So wird gegen eine Analogie eingewandt, § 769 setze als ihm zugrunde liegende Fallgestaltung voraus, daß materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch vorgebracht würden, [515] dem mit § 826 BGB geltend gemachten Schadensersatzanspruch hingegen eine direkte materiell-rechtliche Verbindung zum früheren Urteil fehle. [516] Die Tragfähigkeit dieser Begründung scheint aber angesichts des Umstandes, daß hier eine Analogiebildung in Frage steht, nicht allzu groß zu sein, da eine solche

514) RG JW 86, 272; KG Rspr. 14, 161; ZZP 54, 104 m.Anm. Weber; OLG München NJW 76, 1748 = MDR 763; Stein-Jonas-Münzberg § 769 I; Wieczorek A IV, A IVb; nicht entschieden, sondern lediglich aufgeworfen wird die Frage bei OLG Frankfurt WM 69, 381

515) RG a.a.O.; KG ZZP 54, 104; OLG München a.a.O.

516) KG Rspr. 14, 161

gerade für abweichende Fälle gebildet werden muß. Die Frage hat also zu lauten, ob der Grad der Abweichung eine entsprechende Anwendung ausschließt. Nicht richtig ist es aber, wenn gegen eine Analogie eingewandt wird, die Klage aus § 826 BGB richte sich nicht gegen den Bestand des Vollstreckungstitels.[517] Denn auch die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 wendet sich nicht gegen den Bestand des Titels an sich, der in seinem Ausspruch unberührt bleibt, sondern lediglich gegen den diesem zugrunde liegenden materiell-rechtlichen Anspruch, so daß der Titel auch nicht aufgehoben wird, sondern ihm nur seine Vollstreckungswirkungen genommen werden.[518]

Gemeinsam ist den Verfahren nach § 767 bzw. § 826 BGB, daß der Streitgegenstand des Vorprozesses nicht zugleich den Streitgegenstand des anhängigen Verfahrens bildet. Wird mit der Klage nach § 826 BGB nicht lediglich die Wiederherstellung des Zustandes vor der Vollstreckung aus dem früheren Urteil bzw. Schadensersatz in Geld begehrt, so haben beide Verfahren auch eine ähnliche Zielsetzung gemein, nämlich dem Gläubiger hinsichtlich der Vollstreckung aus dem Urteil Beschränkungen aufzuerlegen. Allerdings wird dies auf vollkommen verschiedenen Wegen erreicht. Die Vollstreckungsgegenklage führt zu einem verfahrensgestaltenden Urteil, durch das die Vollstreckung aus dem Urteil für unzulässig erklärt wird, dem Titel somit jegliche Vollstreckungswirkungen genommen werden. Die Schadensersatzklage berührt dagegen die Vollstreckung aus dem

---

517) OLG München a.a.O.

518) oben S. 189 f.

früheren Urteil nicht direkt, sondern gibt dem Gläubiger nur durch einen Leistungsausspruch auf, diese zu unterlassen.

Diese dogmatische Unterscheidung ist kein Selbstzweck, sondern sie führt weiter zu einer Verschiedenartigkeit auch in der Gewichtung der zugrunde liegenden Parteiinteressen. Weder geht es bei der Schadensersatzklage um den materiell-rechtlichen Anspruch, noch um die Zulässigkeit der Vollstreckung bzw. einzelner Vollstreckungsmaßnahmen. Dies alles steht zugunsten des Gläubigers fest. Der Schuldner kann auch das vormalige Verfahren nicht wieder aufgreifen, nicht einmal mehr mittels der Restitutionsklage, sieht man von den Überschneidungen beider Rechtsbehelfe ab. Das Vertrauen des Gläubigers in Bestand und Durchsetzbarkeit seines Rechtes ist somit durch die prozessualen Regelungen in einem so hohen Maße geschützt, daß seine Interessen die des Schuldners bei weitem überwiegen. Und dieses Vertrauen ist auch schutzwürdig. Wenn der Schuldner verfahrensrechtlich überhaupt nicht mehr erreichen kann, daß der Titel aufgehoben wird, so verlangt eine folgerichtige Fortführung dieses Grundgedankens m.E. die Verlängerung der Schutzwürdigkeit des Gläubigers auch in das Vollstreckungsverfahren hinein. Diese starke Stellung des Gläubigers ist auch nicht mehr mit derjenigen bei § 769 vergleichbar, so daß m.E. aus diesem Grunde auch einstweilige Anordnungen nach § 769 auszuscheiden haben.

(4) Es bleibt noch die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung zu prüfen. Sie wird zu Recht überwiegend

bejaht. [519] Im Zuge einer umfassenden Regelung des Rechtsverhältnisses der Parteien, bei der ein Ausgleich ihrer Interessen bis zur endgültigen Entscheidung im Verfahren der Hauptsache zu suchen ist, ist auch eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung zuzulassen, da dadurch jener Forderung in einem ganz besonderen Maße Genüge getan werden kann. [520]

d) Die Literatur steht dieser Rechtsprechung über die Zulassung einer Klage aus § 826 BGB überwiegend ablehnend gegenüber und neigt eher zu einer vorsichtigen Ausweitung der Zulässigkeit der Restitutionsklage in entsprechender Anwendung des § 580. [521] Folgt man dem, so ergeben sich in bezug auf einstweilige Anordnungen im Vollstreckungsverfahren wegen der direkten Anwendung des § 707 keine Besonderheiten.

Dagegen befürwortet Rosenberg [522] eine Abhilfe mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767, deren Voraussetzungen er hier für erfüllt hält. Er kommt dann folgerichtig zur Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen nach § 769.

---

519) RGZ 61, 359, 361; KG ZZP 54, 104 m.Anm. Weber; OLG München a.a.O.; AG Frankfurt DGVZ 75, 191; Stein-Jonas-Münzberg vor § 704 Rdnr. 27; a.A. Schönke-Baur § 12 III 7

520) vgl. auch oben S. 13 ff.

521) siehe dazu die bei Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 XI 4 in Fußn. 269, 270, 277 Genannten, v.a. aber Gaul Grundlagen 99 ff.

522) Lb. § 157 II; ebenso Lukes, Die Vollstreckungsabwehrklage bei sittenwidrig erschlichenen und ausgenutzten Urteilen, Festschrift für Rosenberg, ZZP 72, 99 ff., 113 ff.

e) Die Schwierigkeiten bei einer Klage aus § 826 BGB auch im Bereich der einstweiligen Anordnungen ergeben sich aus der Zulassung dieser Klage. Doch kann deren Unzulässigkeit nicht aus einer Durchbrechung der Rechtskraft abgeleitet werden, da eine solche im juristischen Sinne nicht vorliegt, weil das vormalige Urteil bestehen bleibt. Das mit dieser Klage verfolgte Ziel zeitigt lediglich im Ergebnis ähnliche Wirkungen wie die Durchbrechung der Rechtskraft.[523] Diese formaljuristische Argumentation scheint gerade dem weitgehend formalisierten Vollstreckungsrecht gerecht zu werden und überhaupt Voraussetzung dafür zu sein, die verschiedenartigen Rechtsbehelfe in der Zwangsvollstreckung mit ihren unterschiedlichen gesetzgeberischen Wertungen und Rechtsfolgen sachgerecht voneinander zu scheiden.

Ohne auf die Problematik der Zulässigkeit einer Klage nach § 826 BGB weiter einzugehen, wird doch derjenigen Auffassung zu folgen sein, die eine abschließende Regelung in § 580 vertritt. Denn diese hat die enumerative Aufzählung in § 580 und die besondere Ausformung der Zulässigkeit der Restitutionsklage in den §§ 586, 580, 581 für sich, die beide Ausfluß der Intention des Gesetzgebers sind, die Möglichkeiten, die Rechtskraft eines Urteiles zu durchbrechen, aus Gründen der Rechtssicherheit auf ein unbedingt erforder-

---

523) Dies wird auch von KG (Ost) NJ 51, 236; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 XI 4d; Rosenberg-Schwab § 163 II 1 eingeräumt, wenn dort ausgeführt wird, die Auffassung, nach der keine Durchbrechung der Rechtskraft vorliege, beruhe auf einer formaljuristischen Betrachtungsweise.

liches Maß zu beschränken. [524] Würde zudem bei weitgehend gleichen sachlichen Voraussetzungen die Klage aus § 826 BGB zugelassen, so würde dies eine Umgehung der gesetzlichen Regelung in den §§ 580 ff. bedeuten. Es wird also einer Ausweitung der Fallgruppen der Restitutionsklage durch eine entsprechende Anwendung des § 580 das Wort zu reden sein. [525]

---

524) Hahn Materialien I 378: "Bei Festlegung derselben (Anm.: der Anfechtungsgründe) ist die Erwägung leitend gewesen, daß die Rechtssicherheit die Beschränkung der Anfechtung rechtskräftiger Endurteile auf bestimmte, scharf begrenzte, unumgänglich notwendige Fälle fordert." Zur historischen Entwicklung vgl. Gaul Grundlagen 71 ff.

525) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 322 XI 4d und die dort Fußn. 277 Genannten, v.a. Gaul Grundlagen 99 ff.

§ 14 Die entsprechende Anwendung des § 732 Abs. 2 ZPO bei einer Änderung der Unpfändbarkeitsvoraussetzungen, § 850g ZPO

Auch im Rahmen des § 850g könnte eine einstweilige Anordnung hinsichtlich der Vollstreckung dann in Betracht kommen, wenn der Schuldner einen Antrag auf Heraufsetzung des pfändungsfreien Betrages stellt, er also möglicherweise bis zur Abänderung des Pfändungsbeschlusses ein Interesse an einer vorübergehenden Regelung hat, die seiner Intention Rechnung trägt.

Diese Frage ist - soweit mir ersichtlich - bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur erörtert worden. Da jedoch eine Abänderung der Pfändbarkeitsgrenzen wie die §§ 721, 765a, 813a [526] im Dienste des Schuldnerschutzes steht, und durch sie gewährleistet wird, daß die Schuldnerschutzbestimmungen der §§ 850 - 850f nicht nur bei Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses Beachtung finden, sondern während des ganzen Vollstreckungsverfahrens, scheint es auch in diesem Zusammenhang durchaus erwägenswert zu sein, zur Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes des Betroffenen einstweilige Anordnungen zu erlassen. Diese Fragestellung soll im folgenden näher untersucht werden.

I. Die §§ 850 - 850f regeln, nach welchen Kriterien der pfändungsfreie Betrag eines Arbeitseinkommens be-

---

526) bei denen einstweilige Anordnungen in entsprechender Anwendung des § 732 Abs. 2 zulässig sind, dazu oben S. 264 ff.

rechnet wird. Wird z.B. eine Gehaltsforderung gepfän=
det, so erfaßt das Pfandrecht, das die Haftungshöhe be=
stimmt, auch die künftig fällig werdenden Beträge,
§ 832. Da es sich hierbei gewissermaßen um eine Dauer=
vollstreckung handelt, besteht die Möglichkeit, daß
sich die Umstände, die ursprünglich bei Erlaß des Pfän=
dungsbeschlusses zugrunde gelegt worden sind, geändert
haben, was gleichzeitig zu einer Änderung des pfän=
dungsfreien Betrages führt. Verringert sich dadurch
der pfändbare Betrag, erfaßt also das Pfandrecht des
Gläubigers mehr, als diesem die §§ 850 ff. zugestehen,
so kann der Schuldner einen Antrag auf Abänderung des
Pfändungsbeschlusses beim Vollstreckungsgericht stel=
len, dem dieses zu entsprechen hat.

Die Änderung der Pfändbarkeitsgrenzen durch einen Be=
schluß nach § 850g bewirkt lediglich eine Änderung der
Modalitäten, innerhalb derer der Gläubiger Befriedigung
für seinen im Titel festgestellten Anspruch erlangen
kann. Über die materiell-rechtliche Richtigkeit des
Titels und über die Zulässigkeit der Vollstreckung im
allgemeinen wird dabei nichts ausgesagt. Durch die Ab=
änderung des Pfändungsbeschlusses wird lediglich die
Konsequenz aus der Feststellung gezogen, daß die Zu=
lässigkeit der Vollstreckung im besonderen, d.h. eine
Befriedigungsmöglichkeit in dieser Höhe, nicht mehr
gegeben ist. Es geht hier also im weitesten Sinne um
die Art und Weise der Durchführung der Vollstreckung.
Es ist jedoch zu beachten, daß die Durchführung der
Vollstreckungshandlungen des Gerichtes mit Erlaß des
Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses bereits abge=
schlossen ist, wenn auch die Vollstreckung insgesamt
noch nicht beendet ist.

Wurde bereits der Pfändungsbeschluß unter Mißachtung der §§ 850 ff. erlassen, so steht dem Schuldner dagegen die Erinnerung nach § 766 zu Gebote. [527] Würde § 850g für die dort genannten Fälle nicht eine gegenüber § 766 besondere Regelung darstellen, [528] so würden auch diese von der Erinnerung nach § 766 erfaßt, da dort nicht nach ursprünglicher und nachträglicher Unzulässigkeit der Vollstreckungsmaßnahme differenziert wird. [529]

Bei einer Lohn- und Gehaltspfändung ist der Gläubiger der Gefahr ausgesetzt, daß der Schuldner, aus welchen Gründen auch immer, sein Arbeitsverhältnis beendet, das Pfandrecht somit hinfällig wird. Er muß somit schon aus diesem Grund auf eine möglichst schnelle Befriedigung Bedacht legen. Dies steht den Interessen des Schuldnerschutzes gegenüber.

II. Diese Erörterungen legen es nahe, einstweilige Anordnungen in entsprechender Anwendung der §§ 766 Abs. 1 Satz 2, 732 Abs. 2 zuzulassen. Ein sachlicher Grund, das Verfahren nach § 850g anders als bei § 766 auszugestalten, besteht m.E. nicht.

Bejaht man eine solche entsprechende Anwendung, so

---

527) Stein-Jonas-Münzberg § 850g I; Thomas-Putzo Anm.; Zöller-Karch I; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 1; a.A. OLG Schleswig SchlHA 58, 338; Pohle, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 11.1.1961 - 5 AZR 295/60, AP Nr. 4 zu § 850d ZPO

528) Stein-Jonas-Münzberg § 850g II pr.; Zöller-Karch 1; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 1; Bötticher, Anmerkung zum Urteil des BAG vom 9.12.1961 - 5 AZR 300/61, AP Nr. 8 zu § 850d ZPO

529) Stein-Jonas-Münzberg a.a.O.

können grundsätzlich die zu § 766 Abs. 1 Satz 2 entwickelten Regeln auch bei § 850g angewendet werden. Etwas anderes hat allerdings für die anzuordnenden Maßnahmen zu gelten. Der mögliche Inhalt von einstweiligen Anordnungen wird in diesem Zusammenhang auf eine vorläufige Beschränkung des Vollstreckungsumfanges zurückgeführt. Dies folgt aus dem Begehr des Schuldners, das bei § 850g nur auf eine Beschränkung des pfändbaren Betrages gerichtet ist. Die vorläufige Maßnahme darf aber nicht über das endgültig angestrebte Ziel hinausgreifen. Begehrt der Schuldner eine Neufestsetzung der Pfändungsfreigrenzen, so stellt er die Zulässigkeit der Vollstreckung im allgemeinen nicht in Frage, sondern er ist nur der Auffassung, daß die Vollstreckung nicht in der bereits betriebenen Höhe fortgeführt werden dürfe. Es besteht mithin für ihn überhaupt kein Bedürfnis nach einer einstweiligen Anordnung, soweit vom Gläubiger die nunmehr geltend gemachten Pfändungsfreigrenzen eingehalten werden. Die Vollstreckung kann deshalb nur insoweit einstweilen eingestellt werden, als durch sie der pfändungsfreie Betrag des Schuldners unterschritten wird.

Auch in diesem Zusammenhang ist die Anfechtbarkeit von Beschlüssen, die einstweilige Anordnungen zum Inhalt haben, zu bejahen.[530] Abgesehen von der dogmatischen Gleichlagerung mit § 766 ergibt sich dies auch noch aus folgender Überlegung: Zwar dient § 850g wie die §§ 721, 765a, 813a, bei denen die Anfechtbarkeit von einstweiligen Anordnungen verneint worden ist,[531]

---

530) vgl. hierzu die Ausführungen zu § 732 Abs. 2 oben S. 164 ff.

531) dazu oben S. 264 ff.

dem Vollstreckungsschutz des Schuldners. Doch ist die verfahrensrechtliche Stellung des Gläubigers bei § 850g eine ungleich stärkere. Dies folgt aus der vom Schuldner nicht in Abrede gestellten ursprünglichen Zulässigkeit des Pfändungsbeschlusses in der festgesetzten Höhe wie auch daraus, daß die zwischenzeitlich eingetretene teilweise Unzulässigkeit nicht auf seinem Verhalten beruht. Zudem gilt es zu bedenken, daß der Schuldner mit seinem Antrag nach § 850g in der Regel nicht die generelle Unzulässigkeit, sondern nur eine teilweise höhere Unpfändbarkeit geltend macht, d.h. seine Pfändungsfreigrenzen seien nunmehr höher anzusetzen, als sie dem Pfändungsbeschluß zugrunde gelegt worden sind.[532] Das sich hieraus ergebende schutzwürdige Interesse des Gläubigers muß ihm die Möglichkeit eröffnen, über die befristete Erinnerung hinaus die sofortige Beschwerde nach § 793 zu ergreifen, was einer befristeten Durchgriffserinnerung gleichkommt, § 11 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 RPflG.

Auch hier kann der Einwand, durch die Beschwerdeentscheidung könne die Entscheidung in der Hauptsache unzulässigerweise präjudiziert werden, letztlich nicht durchgreifen. Die Entscheidung in der Hauptsache ist die Herabsetzung des pfändbaren Betrages. Daran mag

---

532) Demgegenüber wird der Einwand der generellen Unzulässigkeit, der gleichwohl nicht ausgeschlossen ist, in den Hintergrund treten müssen. Denn selbst bei nunmehr eingetretener Arbeitslosigkeit des Schuldners bleiben seine Ansprüche gegenüber dem Arbeitsamt auf Arbeitslosengeld bzw. -unterstützung im Rahmen der §§ 850 ff pfändbar. Zur Pfändbarkeit dieser Bezüge siehe Baumbach-Lauterbach-Hartmann Grdz. § 704 Anm. 9 Stichworte "Arbeitslosengeld, Sozialleistungen".

man ermessen, von welch rechtlich untergeordneter Bedeutung eine hier rein tatsächlich evt. eintretende Präjudizierung sein würde - eine Präjudizierung im rechtlichen Sinne könnte ohnehin nicht eintreten, da das Vollstreckungsgericht an die hinsichtlich der einstweiligen Anordnung ergehende Beschwerdeentscheidung in bezug auf seine Entscheidung in der Hauptsache nicht gebunden ist. Dieser Präjudizierung würde zudem keinerlei materiell-rechtliche Relevanz zukommen, da sie lediglich die Entscheidung des iudex a quo über die Herabsetzung des pfändbaren Betrages beeinflussen würde, also die Frage, wie hoch die monatliche Belastung durch die Vollstreckung sein darf, nicht jedoch, wie hoch der vollstreckbare Anspruch ist. Diese beschränkte Präjudizierung muß im Interesse des Gläubigers bei § 850g in Kauf genommen werden. [533] Die von ihm erlangte übergewichtige prozessuale Stellung macht es m.E. erforderlich, daß er den Erlaß einstweiliger Anordnungen überprüfen lassen kann. Das formale Argument einer möglichen Präjudizierung muß hier hinter der objektiven Interessenlage der Parteien zurückstehen.

Dabei soll nicht verkannt werden, daß es für den Schuldner aus wirtschaftlicher Sicht betrachtet natürlich nicht gleichgültig sein kann, ob er von seinen Bezügen letztlich einen höheren oder einen niedrigeren Betrag ausbezahlt erhält. Diesem Umstand kann jedoch bei einer abstrakten Bewertung der Parteiinteressen, wie sie der Beurteilung der Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen zugrunde gelegt werden muß, um zu über den Einzelfall hinausgehenden, allgemein verbindlichen Aussagen gelangen zu können, kein Gewicht beigemessen

---

533) zur gleichgelagerten Begründung bei § 721 Abs. 4 Satz 4 vgl. oben S. 181

werden. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Schuldner in seinem Verhältnis zum Arbeitgeber/ Drittschuldner nach wie vor zu den ursprünglichen Bezügen arbeitet.[534] Seine materiell-rechtlichen Verpflichtungen gegenüber dem vollstreckenden Gläubiger sind im Vollstreckungstitel verbrieft. Diese übersteigen aber jedenfalls sein momentanes Leistungsvermögen, so daß Lohn- und Gehaltspfändungen durchgeführt werden, die zu einer ratenweisen Befriedigung des Gläubigers führen. Im vorliegenden Zusammenhang geht es lediglich darum, wie hoch diese "Raten" sein können.

Ist somit von der Zulässigkeit einer sofortigen Beschwerde des Gläubigers auszugehen, so wird dieser doch in der Rechtspraxis wenig Bedeutung zukommen, da die Beschwerde in den meisten Fällen durch die Entscheidung in der Hauptsache prozessual überholt werden wird.

Dagegen verbleibt es auch hier bei der Unanfechtbarkeit einer den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zurückweisenden Entscheidung durch den Schuldner. Die prozessuale Stellung des Schuldners ist bei § 850g noch schwächer als bei den §§ 721, 765a, für die die Unanfechtbarkeit einer ablehnenden Entscheidung befürwortet worden ist. Die dort angestellten Erwägungen haben auch hier Geltung zu beanspruchen, so daß darauf verwiesen werden kann.[535]

---

534) es sei denn, die Veränderung der Unpfändbarkeitsgrenze würde auf eine Verringerung des Arbeitseinkommens zurückzuführen sein.

535) dazu oben S. 183, 265, 275

§ 15 Die entsprechende Anwendbarkeit des § 769 ZPO

I. Die Abänderungsklage nach § 323 ZPO

a) (1) Mit der Abänderungsklage nach § 323 wird Gläubigern wie Schuldnern ein Rechtsbehelf an die Hand gegeben, die Abänderung eines Urteiles auf künftig fällig werdende, wiederkehrende Leistungen zu erreichen. Voraussetzung ist aber, daß inzwischen eine wesentliche Veränderung der dem Urteil zugrunde liegenden Umstände stattgefunden hat.

Das Anliegen des § 323 kann nur dann vollständig erfaßt werden, wenn man sich dessen Zusammenhang mit der Klage auf wiederkehrende Leistungen nach § 258 vergegenwärtigt. Mit dieser werden auch erst künftig fällig werdende Teilleistungen geltend gemacht, und über diese Teilleistungen wird durch das Urteil bereits jetzt rechtskräftig entschieden. Grundlage für die Berechnung der künftigen Teilleistungen sind die gegenwärtigen Umstände sowie die voraussehbaren künftigen Verhältnisse.[536] Ändert sich diese Urteilsgrundlage, so ist dessen Ausspruch nachträglich den tatsächlichen Verhältnissen anzupassen.

Hierin liegt auch der Unterschied im Regelungsbereich zur Vollstreckungsgegenklage nach § 767. Werden mit dieser einzelne Ereignisse geltend gemacht, so hat die Abänderungsklage die wandelbaren wirtschaftlichen Ver-

---

536) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 258 I 3; § 323 I 1

hältnisse der Parteien zum Gegenstand. [537]

Demgemäß erfaßt § 323 eine Veränderung, die bereits vor Erlaß des Urteiles in vorausschauender Sicht der sich abzeichnenden Entwicklung vom Gericht geschätzt worden war, [538] und die nicht schon in der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung hatte geltend gemacht werden können. Dabei kann der rechtsbegründende Tatbestand infolge der Veränderung der Verhältnisse überhaupt weggefallen sein oder er kann sich anders als erwartet entwickelt haben. [539] Eine Abänderung des Urteiles ist jedoch auf die Zeit nach Erhebung der Klage beschränkt. Die Vollstreckungsgegenklage wird dagegen nur auf Umstände gestützt, die bei der früheren Entscheidung noch keinerlei Berücksichtigung gefunden haben, [540] erfaßt also rechtsvernichtende und rechtshemmende Einwendungen. [541]

(2) Die Abänderungsklage ist von dem Bestreben gekennzeichnet, Urteile - auch rechtskräftige -, die Unterhalts- bzw. Schadensersatzansprüche auf Rentenbasis zum Gegenstand haben, einer Änderung in ihrem Leistungsausspruch zu unterwerfen. Bei rechtskräftigen Urteilen führt die Abänderungsklage zu einer Durch-

---

537) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 323 III 2

538) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 258 I 3; § 323 I 2; Schönke-Kuchinke § 75 IV 1

539) Thomas-Putzo § 323 Anm. 1

540) Schönke-Kuchinke a.a.O.; Blomeyer I § 87 IV 5b

541) OLG Düsseldorf MDR 72, 56; Thomas-Putzo a.a.O.; Rosenberg-Schwab § 159 V; vgl. dazu auch Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 323 III 2

brechung der materiellen Rechtskraft aus Billigkeitsgründen.[542] Sie bewirkt eine Abänderung des Urteilsspruches selbst und beinhaltet insoweit eine Aufhebung des vormaligen Urteiles, als die Abänderung reicht.[543]

Die Vollstreckungsgegenklage hingegen richtet sich lediglich auf die Beseitigung der Vollstreckungswirkungen eines Urteiles, dessen Wirkungen im übrigen aber unberührt bleiben. Es hat v.a. weiteren Bestand hinsichtlich seiner formellen[544] wie auch materiellen Rechtskraft.[545] Der Grund für diese dogmatische Unterscheidung liegt in der Veränderbarkeit der maßgebenden Verhältnisse bei der Abänderungsklage einerseits und der Erfassung nur einzelner Ereignisse durch die Vollstreckungsgegenklage andererseits begründet.

Gemeinsam ist dagegen beiden Klagen, daß sie auf eine abweichende Gestaltung der rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien abzielen, sie also ihrer Rechtsnatur nach prozessuale Gestaltungsklagen sind. Denn mit der Abänderungsklage wird nicht erneut ein sachlich-rechtlicher Anspruch verfolgt, sondern eine andere Gestaltung der sich aus dem alten Anspruch ergebenden Rechtsbeziehungen wegen einer Veränderung der maßgeben-

---

542) hM, etwa Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 323 I 1; a.A. Blomeyer I § 87 IV 1; Baur Studien 92 Fußn. 41

543) Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 323 V 4; Thomas-Putzo 5c; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4 A; Zöller-Vollkommer V 4; Rosenberg-Schwab § 159 VII 2; Blomeyer I § 87 IV 1, 4c

544) a.A. Auerbach JR 49, 88

545) vgl. etwa Stein-Jonas-Münzberg § 767 I pr.; Baur JR 49, 256; Greiser JW 35, 3145; auch oben S. 187 ff.

den Verhältnisse. Und bei der Vollstreckungsgegenklage ist Streitgegenstand lediglich die Beseitigung der Vollstreckungswirkungen des früheren Urteiles. [546] Beide Klagen richten sich somit gegen das vormalige Urteil mit der Begründung, nach der letzten mündlichen Verhandlung sei eine Änderung der Rechtslage eingetreten, §§ 323 Abs. 2, 767 Abs. 2. [547]

(3) Aus den genannten Unterschieden folgt auch, daß sich die Abänderungsklage und die Vollstreckungsgegenklage in keinem gesetzlichen Konkurrenzverhältnis befinden. Denn nach deren Sinn und Zweck und den typischen Fallgestaltungen, die nach der Intention des Gesetzgebers jeweils erfaßt werden sollen, haben beide unterschiedliche, sich nicht überschneidende Regelungsbereiche. [548]

Zu den bereits aufgeführten unterscheidenden Merkmalen kommt in diesem Zusammenhang noch, daß die Geltendmachung veränderter Verhältnisse im Sinne des § 323 eine Einwendung im rechtstechnischen Sinne darstellt, mit der letztlich die Veränderung der tatsächlichen Urteilsgrundlage vorgetragen wird, und die damit der Erfassung der subjektiven Verhältnisse des Unterhaltsverpflichteten wie -berechtigten dient. [549]

---

546) dazu oben S. 187 ff.

547) Baur JR 49, 257; Greiser a.a.O.

548) hM, vgl. Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 323 III 2 und die dort Fußn. 77 Genannten; für die Vertreter einer wahlweisen Anwendbarkeit von § 323 bzw. § 767 vgl. die dort Fußn. 76 Genannten.

549) Habscheid FamRZ 54, 34, 36 f.; Burghardt LZ 26, 684 ff.

Hierunter fällt etwa jede Veränderung der Einkommensverhältnisse beim Unterhaltsverpflichteten, z.B. eine Wiederverheiratung, Erwerbsunfähigkeit bzw. Arbeitslosigkeit [550] wie auch eine Einkommenssteigerung oder gestiegene Lohn- und Preisverhältnisse. [551] Demgegenüber ergreift § 767 objektiv festlegbare, einmalige Ereignisse, die unmittelbar auf den Unterhaltsanspruch einwirken, deren Berücksichtigung aber nicht die Rechtskraft des Urteiles entgegensteht, da dieses nur seine Durchsetzbarkeit verliert. [552] So etwa, wenn die Leistung einer Rate, wegen der nun vollstreckt wird, bereits erfolgt ist, [553] oder der rechtskräftig festgestellte Unterhaltsanspruch einer Ehefrau infolge Scheidung erlischt bzw. umgestaltet wird. [554, 555] Daraus ergibt sich weiter, daß mit § 323 Einwände geltend gemacht werden, die unter dem Vorbehalt einer anderen Entwicklung der Verhältnisse und demgemäß einer späteren weiteren Entscheidung stehen, während mit § 767 nur Einwände mit abschließender Beurteilbarkeit vorgebracht werden. [556]

---

550) dazu LG Karlsruhe NJW 77, 540 (L)

551) BGHZ 61, 31; zum Ganzen Baumbach-Lauterbach-Hartmann § 323 Anm. 2 C; Zöller-Vollkommer III 2

552) Habscheid a.a.O.; Burghardt a.a.O.; Reerink, Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Verwandten und Ehegatten nach dem deutschen Rechte, Gruch.Beitr. 56, 709, 735; Wolff, Abänderung rechtskräftiger Urteile wegen veränderter Umstände gem. § 323 der Zivilprozeßordnung, JW 04, 569, 571

553) Habscheid a.a.O.; Wolff a.a.O.

554) Habscheid a.a.O. m.w.N.

555) Dagegen begründet der Tod des Unterhaltsberechtigten wie -verpflichteten weder die Abänderungs- noch die Vollstreckungsgegenklage. Der Unterhaltsanspruch bzw. die -verpflichtung erlischt. Weder Anspruch noch Verpflichtung gehen auf die Erben über, vgl. etwa die §§ 844 Abs. 2 Satz 1, 1615 BGB.

556) LG Darmstadt NJW 58, 1542 m.zust.Anm. Lent

b) Die Interessenlage nach Erhebung der Abänderungs=klage ist verschieden, je nachdem, welche Partei die Klage erhoben hat. Erhebt sie der Gläubiger und begehrt etwa die Erhöhung des monatlichen Unterhaltsbetrages, so besteht schon von vornherein kein schützenswertes Interesse des Schuldners an einer einstweiligen Anord=nung. Denn seine Verpflichtung aus dem vormaligen Ur=teil bleibt jedenfalls bestehen und kann sich nur er=höhen.

Anderes wird dagegen zu gelten haben, wenn der Schuld=ner Klage oder Widerklage auf Abänderung zu seinen Gun=sten erhoben hat. Er macht damit eine Minderung seiner Unterhaltspflicht ab Erhebung der Klage, § 323 Abs. 3, geltend. Allein die Erhebung der Abänderungsklage hin=dert nicht schon die weitere Vollstreckung aus dem Ti=tel. Der Schuldner bleibt vielmehr auf einen Rückgriffs=anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung mit den Schwierigkeiten in dessen Durchsetzung verwiesen. Zu=dem ist dem Schuldner bei Herabsetzung des Unterhalts=anspruches auch eine Aufrechnung mit den zuviel ge=zahlten Beträgen nach den §§ 394 BGB, 850b Ziff. 2 ZPO verwehrt. Im Interesse des Schuldners besteht somit ein Bedürfnis nach einstweiligen Anordnungen.

c) Auch hier stellt sich die Frage, in Anlehnung an welche ausdrückliche gesetzliche Regelung einstweilige Anordnungen für zulässig zu erachten sind. Die Beur=teilung wird entsprechend dem bisherigen Vorgehen von den Differenzierungen hinsichtlich der dogmatischen Struktur, der Zielsetzung der Abänderungsklage sowie der Interessenlage der Parteien auszugehen haben.

Den weiteren Erörterungen ist die hier vertretene

Auffassung zugrunde zu legen, daß sich die §§ 707, 769 hinsichtlich ihrer Voraussetzungen sowie der zulässigen Anordnungen unterscheiden, und der Frage, welche dieser Regelungen entsprechend anzuwenden ist, damit praktische Bedeutung zukommt. [557]

(1) Eine entsprechende Anwendbarkeit von § 707 kann ausgeschieden werden. Dies folgt bereits aus der dogmatischen Unterschiedlichkeit der dem § 707 zugrunde liegenden Rechtsbehelfe gegenüber der Abänderungsklage. Jene haben die Aufhebung des Titels zum Ziel, weil vorgebracht wird, das Urteil entspreche aus tatsächlichen bzw. materiellen oder formellen Gründen nicht der tatsächlichen Rechtslage. Diese verfolgt die Abänderung etwa der verbrieften Unterhaltsverpflichtung, da sich die für ihre Berechnung maßgebenden Verhältnisse gewandelt haben, und führt zu einer Aufhebung des früheren Urteils insoweit, als die in ihm festgelegte Höhe des Unterhaltsanspruches nicht mehr verbindlich ist, wohl aber die Entscheidung über dessen Grund. Die Höhe der Unterhaltsverpflichtung wird durch das abändernde Urteil neu festgesetzt. Demgegenüber wird mit der Vollstreckungsgegenklage nur die Aufhebung der Vollstreckungswirkungen des Urteiles erreicht.

Diese dogmatische Unterscheidung findet auch ihren Niederschlag in der Gewichtung der Parteiinteressen. Da der - nunmehr rechtskräftige - Unterhaltstitel vom Schuldner nicht angefochten worden ist, erfährt der Gläubiger einen stärkeren Schutz seines Vertrauens auf den Bestand der verbrieften Verpflichtung, als dies

---

557) a.A. offensichtlich OLG Köln NJW 51, 849

bei § 707 der Fall ist. Allerdings ist seine Stellung auch nicht so stark geschützt wie bei § 769, da die Berechnung der Unterhaltsforderung sich auf veränderbare Größen, nämlich die persönlichen Verhältnisse der Parteien, stützt, eine Abänderung somit praktisch vorprogrammiert ist.

Diese Interessengewichtung weist Ähnlichkeiten mit derjenigen bei § 927 auf, für den eine entsprechende Anwendung der §§ 924 Abs. 3 Satz 2, 707 bejaht worden ist. [558] Vergleicht man diese Situation mit der bei der Abänderungsklage, so kann nicht außer Betracht bleiben, daß dort der Arrest(Verfügungs)grund entfallen ist, ein Arrest/ eine einstweilige Verfügung zum jetzigen Zeitpunkt überhaupt nicht mehr hätte angeordnet werden dürfen. Dies rückt diesen Fall m.E. in die Nähe des § 707. Demgegenüber geht es bei der Abänderungsklage um die Erfassung veränderbarer Verhältnisse, und um die Angleichung des Titels an die nach materiellem Recht bestehende Unterhaltspflicht. Zwar könnte der Unterhaltstitel auch hier nicht mehr in seiner ursprünglichen Form, nämlich über die vormals festgesetzte Höhe ergehen. Im Gegensatz zum Arrest/ zur einstweiligen Verfügung bleibt jedoch die Unterhaltspflicht als Voraussetzung für den Unterhaltstitel bestehen. Dies rechtfertigt m.E. ein abweichendes Ergebnis.

(2) Die ganz überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur geht bei der Abänderungsklage von der Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen in entsprechender Anwendung des § 769 aus. [559] Dem kann gefolgt werden.

---

558) oben S. 298 ff.

559) BGH LM § 323 ZPO Nr. 1; OLG Schleswig JR 49, 88; 50, 733; OLG Celle Nds.RPfl. 50, 7; OLG Köln NJW

Die Gemeinsamkeiten von Abänderungs- und Vollstrek=kungsgegenklage [560] bewirken auch eine Annäherung in der Frage der Interessengewichtung. Hier wie dort wird geltend gemacht, der materiell-rechtliche Anspruch be=stehe aufgrund veränderter Verhältnisse nicht mehr oder nicht mehr in dieser Höhe, ohne daß die Richtig=keit der Entscheidung im damaligen Zeitpunkt in Zwei=fel gezogen wird. Der Gläubiger wird also grundsätz=lich denselben Vertrauensschutz beanspruchen können, wie er ihn bei der Vollstreckungsgegenklage genießt. Allerdings bleibt bei dieser Betrachtung der Umstand unberücksichtigt, daß der verbriefte Unterhaltsanspruch von vornherein unter dem gesetzlichen Vorbehalt der Abänderbarkeit aufgrund veränderter Umstände stand. Doch kann man dies deshalb vernachlässigen, weil die=ser Vorbehalt eben in doppelter Richtung besteht. Denn dieser erstreckt sich sowohl auf eine dem Gläubiger günstige wie auch ungünstige Veränderung, so daß diese Gesichtspunkte sich gleichsam gegenseitig neutralisie=ren.

Zur Stützung dieses Ergebnisses läßt sich auch die

51, 849; OLG Celle RPfleger 62, 25; Stein-Jonas-Schumann/Leipold § 323 V 3; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 4 A; Thomas-Putzo 5a; Zöller-Vollkommer V 2; Baur JR 49, 256; Junghanss 44; Greiser a.a.O.; Clasen, Ist bei der Abänderungsklage nach § 323 ZPO die Einstellung der Zwangsvollstreckung in entsprechender Anwendung des § 769 ZPO zulässig ?, DJ 42, 816; Jonas, Die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung bei der Erhebung von Abände=rungsklagen (§ 323 ZPO).II., JW 35, 3146; für eine einstweilige Verfügung dagegen OLG Stettin Rspr. 13, 190; OLG Breslau, Hans.OLG Hamburg Rspr. 20, 320; KG JW 32, 1156; OLG Kiel HRR 32 Nr. 1509; Auerbach JR 49, 88

560) dazu oben S. 330 f.; auch Baur JR 49, 257

bessere Praktikabilität einer einstweiligen Anordnung in entsprechender Anwendung des § 769 gegenüber einer einstweiligen Verfügung anführen. Denn diese erfordert ein selbständiges Verfahren, während jene anläßlich des Hauptverfahrens ergehen, was insbesondere zeit- und kostensparender ist.

Nicht jedoch vermag der Gedanke zu überzeugen, auch schon aufgrund der bei § 769 zulässigen Anordnungen sei dessen entsprechende Anwendbarkeit abzuleiten, da dort eine Einstellung ohne Sicherheitsleistung auch ohne die mühselige Glaubhaftmachung des § 707 Abs. 1 Satz 2 möglich sei, vom Schuldner somit leichter erreicht werden könne. [561] Denn hier wird entscheidend das Verhältnis der §§ 707, 769 zueinander verkannt, nach dem bei § 769 der Gläubiger eine stärkere Stellung innehat als bei § 707 mit der Folge, daß für den Schuldner eine einstweilige Einstellung schwerer zu erreichen sein muß als bei § 707. Deshalb ist die in § 707 Abs. 1 Satz 2 angeschnittene Problematik auf der Rechtsfolgenseite bei § 769 auf die Tatbestandsebene verlagert, so daß etwa bei Geringfügigkeit des unersetzlichen Nachteiles eine einstweilige Anordnung überhaupt auszuscheiden haben wird. [562]

Hinsichtlich des Inhaltes der einstweiligen Anordnungen ist das Gericht im Rahmen des § 769 frei, wird aber bei der Ausübung seines Ermessens ganz konkret abzuwägen haben, durch welche Anordnungen den gegenläufigen Parteiinteressen Genüge getan wird. Darüber hinaus wird jedenfalls dann nur eine Teileinstellung in Frage kommen können, wenn es sich lediglich um eine teilweise Abän-

---

561) Junghanss 44

562) oben S. 196 ff.

derung handeln wird, weil etwa nur eine solche begehrt wird oder der Abänderungsklage nur zum Teil die Erfolgs= aussicht zuzusprechen ist.

II. Die Abänderungsklage nach § 641q ZPO

Durch das Gesetz zur vereinfachten Abänderung von Unterhaltsrenten vom 29.7.1976 (BGBl. I S. 2029) wurde für die verbrieften Unterhaltsansprüche von Minderjährigen ein besonderes Verfahren eingeführt, das eine Vereinfachung des Abänderungsverfahrens brachte. Danach kann die Abänderung im Beschlußverfahren betrieben werden, wenn nach § 1612a Abs. 1 und 2 BGB in Verbindung mit § 1 der Verordnung zur Anpassung der Unterhaltsrenten für Minderjährige vom 28.9.1979 (BGBl. I S. 1603) eine Anpassung der Unterhaltszahlungen um 11% begehrt wird. Gegen den Abänderungsbeschluß kann der Unterhaltsverpflichtete sofortige Beschwerde einlegen, allerdings beschränkt auf den Vortrag, das vereinfachte Verfahren sei nicht statthaft gewesen, der Abänderungsbetrag falsch errechnet, der Zeitpunkt für die Wirksamkeit der Abänderung falsch bestimmt oder die Kosten unrichtig festgesetzt worden, § 641p Abs. 3.

Auf die Klage gegen den Abänderungsbeschluß nach § 641q bleibt der Unterhaltsverpflichtete dagegen verwiesen, wenn von ihm eingewandt wird, seine persönlichen Verhältnisse würden eine Anpassung in dieser Höhe nicht rechtfertigen, Abs. 1, oder zwischen den Parteien sei eine abweichende Anpassungsregelung vereinbart worden, Abs. 2.

Die Abänderungsklage nach § 641q weicht lediglich in ihren Voraussetzungen von § 323 ab, der aber grundsätzlich anwendbar bleibt, soweit § 641q mit seiner besonderen Regelung nicht eingreift. [563] Deshalb er-

563) Stein-Jonas-Schlosser § 641q Rdnr. 1; Thomas-Putzo

geben sich auch für diese Abänderungsklage ihrer Rechtsnatur nach gegenüber § 323 keine Besonderheiten, so daß insbesondere auch in diesem Zusammenhang einstweilige Anordnungen in entsprechender Anwendung des § 769 für zulässig zu erachten sind. [564]

564) so ausdrücklich auch Baumbach-Lauterbach-Albers § 641q Anm. 3 B

III. Der Antrag auf Abänderung der Festsetzung des Regelunterhaltes, § 642b ZPO

Ebenfalls durch das Gesetz zur vereinfachten Abänderung von Unterhaltsrenten vom 29.7.1976 (BGBl. I S. 2029) wurden Sondervorschriften für den Unterhaltsprozeß nichtehelicher Kinder in die Zivilprozeßordnung eingefügt, §§ 642 ff., bzw. geändert.

Danach kann das Kind gegen seinen Vater Klage auf Leistung des Regelunterhaltes anstatt auf Zahlung eines bestimmten Betrages erheben. Aufgrund eines Urteiles hat dann das Kind den Unterhalt durch einen Beschluß des Rechtspflegers, § 20 Ziff. 11 RPflG, festsetzen zu lassen. Die Höhe des Regelunterhaltes ergibt sich aus § 1615f Abs. 1 und 2 BGB in Verbindung mit der Vierten Verordnung zur Berechnung des Regelunterhaltes vom 28.9.1979 (BGBl. I S. 1601). Bei einer Änderung des Regelunterhaltes oder eines sonstigen, dessen Höhe bestimmenden Umstandes kann eine Neufestsetzung des Regelunterhaltes, d.h. eine Abänderung des früheren Beschlusses beantragt werden, § 642b. Daneben kann auch Abänderungsklage erhoben werden, wenn Umstände geltend gemacht werden, die nicht über § 642b Abs. 1 Satz 1 und 2 Berücksichtigung finden, etwa daß sich die Lebensstellung des Vaters gebessert habe. [565]

Der Abänderungsantrag nach § 642b Abs. 1 stellt lediglich einen Sonderfall zur allgemeinen Abänderungs=

565) Baumbach-Lauterbach-Albers § 642b Anm. 3; dazu auch Stein-Jonas-Schlosser 2; Thomas-Putzo 5; Brühl-Göppinger-Mutschler Rdnr. 1522

klage des § 323 dar, [566] der seinen Grund in dem besonderen Rechtsinstitut des Regelunterhaltes hat. Auch hier ergeben sich hinsichtlich der Rechtsnatur sowie der Interessenlage gegenüber der Abänderungsklage nach § 323 keine Besonderheiten, so daß man gleichfalls einstweilige Anordnungen in entsprechender Anwendung des § 769 wird für zulässig erachten müssen. [567] Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß eine solche Anordnung überhaupt nur dann in Betracht kommen wird, wenn der Vater einen Antrag auf Herabsetzung des Regelunterhaltes gestellt hat, etwa weil nunmehr Sozialleistungen zu berücksichtigen seien. Nur für diesen Fall besteht ein Bedürfnis nach einer einstweiligen Anordnung, da nur für ihn die Gefahr einer ungerechtfertigten Vollstreckung droht.

566) Stein-Jonas-Schlosser a.a.O.

567) Stein-Jonas-Schlosser § 642b Rdnr. 10; Brühl-Göppinger-Mutschler Rdnr. 1529

IV. Die Vollstreckungsgegenklage gegen eine Zwangsvollstreckung aus vollstreckbaren Urkunden nach § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO

Die Zwangsvollstreckung kann auch aus vollstreckbaren Urkunden betrieben werden, da sie gemäß § 794 Abs. 1 Ziff. 5 Vollstreckungstitel darstellen.[568]

Eine Anfechtung des der Urkunde zugrunde liegenden materiell-rechtlichen Anspruches kann nach den §§ 794 Abs. 1 Ziff. 5, 795, 797 Abs. 4 nur mit der Vollstreckungsgegenklage erfolgen, die jedoch - als Folge einer fehlenden Rechtskraftfähigkeit der Urkunde - nicht den zeitlichen Beschränkungen nach § 767 Abs. 2 unterliegt.

Mit der Vollstreckungsgegenklage gegen eine vollstreckbare Urkunde werden eigentlich zwei völlig verschiedenartige dogmatische Elemente zur Anwendung gebracht und miteinander verknüpft. Dies ist einmal ihre herkömmliche Bedeutung für Einwendungen gegen den materiell-rechtlichen Anspruch, die nach der Errichtung der Urkunde entstanden sind, nämlich die Aufhebung der Vollstreckungswirkungen des Titels. Zum

---

568) zur Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung vgl. RGZ 146, 308, 312; OLG München HRR 36 Nr. 704; BayObLG NJW 71, 514, 515; OLG Frankfurt RPfleger 72, 140; Stein-Jonas-Münzberg § 794 VII 3; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 7 C; Thomas-Putzo VI 1c; Zöller-Scherübl VI 3a; Lent, Zur Vollstreckung aus notariellen Urkunden, DNotZ 52, 411, 412 f.; Werner, Die Rechtsnatur der notariellen Unterwerfungsklausel, DNotZ 69, 713 ff., 718; Winkler, Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt (Darmstadt) vom 10.8.1971 - 12 W 59/71, RPfleger 72, 141 f.; Wolfsteiner, Anmerkung zum Beschluß des BayObLG vom 26.10.1970 - 2 Z 71/70, NJW 71, 1140 f.

anderen nimmt die Vollstreckungsgegenklage in diesem Zusammenhang auch die Funktion der ordentlichen Rechtsmittel wahr, indem mit ihr auch vor der Urkundenerrichtung entstandene Einwendungen geltend gemacht werden können, § 797 Abs. 4. Dies ist gleichsam eine Folge davon, daß der Titel nicht auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht und der Rechtskraft nicht fähig ist.

Trotz dieser unterschiedlichen Strukturen ist die beiden Fallgruppen der Vollstreckungsgegenklage zugrunde liegende Interessenlage nahezu identisch. In beiden ist die Stellung des Gläubigers bereits gleich stark verfestigt. Entstanden die Einwendungen erst nach Errichtung der Urkunde, so folgt dies schon daraus, daß der materiell-rechtliche Anspruch zunächst begründet war, seine nunmehr eingetretene Unbegründetheit aber dem Beweise des Schuldners unterliegt. Haben sie bereits vor diesem Zeitpunkt bestanden, so ergibt sich dies aus dem Umstand, daß der Schuldner sich gleichwohl freiwillig der sofortigen Vollziehung unterworfen hat.

Hat der Schuldner die Vollstreckungsgegenklage erhoben, so kommt dem auch hier keine die Vollziehung aufschiebende Wirkung zu.

Die Rechtsähnlichkeit mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 läßt die entsprechende Anwendbarkeit des § 769 aufgrund des § 795 sowohl seinen Voraussetzungen wie seinen Rechtsfolgen nach als sachgerecht erscheinen.

Teil III Die Berücksichtigung der sich für den Einzelfall ergebenden Umstände durch die Gerichte bei der Interessenabwägung

§ 16 Die konkrete Abwägung der Parteiinteressen in der Rechtsprechung

Im Rahmen dieser rechtstheoretischen Untersuchung können nur diejenigen grundsätzlichen Erwägungen dargestellt und erörtert werden, die bei einer Entscheidung über einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung in jedem Falle zu beachten sind. Für eine Darstellung der konkreten Interessenabwägung im jeweiligen Einzelfall ermangelt es allgemein verbindlicher Leitlinien. Doch auch die veröffentlichten Entscheidungen der Gerichte beschäftigen sich - jedenfalls soweit ihr Abdruck reicht - zum ganz überwiegenden Teil lediglich mit grundsätzlichen Fragen, um im Anschluß daran vereinzelt festzustellen, daß im übrigen die Interessen beider Parteien gegeneinander abzuwägen seien. Wie diese konkrete Interessenabwägung durchzuführen ist, und welche Wertungsgesichtspunkte dabei zu berücksichtigen sind, wird dann meist nicht weiter ausgeführt.

I. Zur Verdeutlichung der Methode der Gerichte werden für die §§ 707, 719 folgende Entscheidungen aufgeführt, die eine konkrete Interessenabwägung wenigstens in Ansätzen erkennen lassen:

a) So führt etwa das Oberlandesgericht Celle [569] im

---

569) NJW 62, 2356, 2357 = MDR 63, 57

Anschluß an die Feststellung, daß über die §§ 707, 719 nicht die Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung in der Hauptsache bewirkt werden soll, aus, durch eine einstweilige Anordnung solle der Schuldner vor Härten bewahrt werden, wenn der Gläubiger durch die Sicherheitsleistung eine ausreichende Sicherung gegen den Vermögensverfall beim Schuldner bzw. die Wertminderung der gepfändeten Sache erfahren habe. Es solle nicht ein für die Sicherung des Gläubigers nicht erforderlicher oder zum Nachteil des Schuldners endgültiger Vollstreckungstatbestand geschaffen werden, weshalb das Sicherungsbedürfnis des Gläubigers bei Wahrung des Interesses des Schuldners an der Verhinderung unersetzlicher Nachteile entscheidend sei. Hier brechen die veröffentlichten Ausführungen ab, ohne von diesen allgemeinen Erwägungen mit fallspezifischem Ansatz in eine weiterführende konkrete Interessenabwägung überzuleiten.

b) Ähnlich erwägt das Oberlandesgericht Köln: [570] Den Interessen des Gläubigers gebühre im Grundsatz der Vorrang. Zur Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes müsse weiter hinzukommen, daß der Schuldner durch die vorläufige Vollstreckung gefährdet ist und Nachteile hinnehmen muß, die die bloßen Vollstreckungswirkungen übersteigen. Dies treffe jedenfalls dann nicht zu, wenn bei einem nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteil durch diese das Vollstreckungsrisiko des Schuldners vollständig abgedeckt werde.

Konkret auf den Einzelfall bezogene Ausführungen ent-

---

570) MDR 75, 850 = Betr. 1699 = JurBüro 1111 = BB 1133 (L)

hält diese Entscheidung [571] jedoch insoweit, als Ausführungen zur Beurteilung der Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes gemacht werden. Im betreffenden Rechtsstreit hatte der Beklagte Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil eingelegt. Dabei stellte er die Richtigkeit dieses Urteiles nicht in Frage, stützte die Berufung vielmehr auf den Vortrag, in der Berufungsinstanz sei aufgrund der Aussage von zwei in der ersten Instanz nicht vernommenen Zeugen ein anderer Sachverhalt festzustellen. Zu Recht führt das Gericht aus, allein aus der Benennung weiterer Zeugen für den eigenen Sachvortrag einer Partei folge noch nicht die Erfolgsaussicht der Berufung. Würde man die mutmaßlichen Aussagen dieser Zeugen im vorliegenden Zusammenhang berücksichtigen, so komme dies im Hinblick auf die Entscheidung über eine einstweilige Anordnung einer unzulässigen vorweggenommenen Beweiswürdigung gleich. Eine maßgebliche Veränderung des Sachverhaltes aufgrund der Zeugenaussagen lasse sich erst nach der Vernehmung der Zeugen beurteilen.

c) Anders führt das Oberlandesgericht Frankfurt (Darmstadt) [572] in allgemein gehaltenen Erwägungen aus, zunächst sei das Ausmaß der Erfolgsaussicht des eingelegten Rechtsbehelfes zu berücksichtigen, und stellt dar, daß diese "schwach", andererseits der Rechtsbehelf aber auch offensichtlich begründet bzw. unbegründet sein könne. Neben der Berücksichtigung der Erfolgsaussicht müßten aber auch noch die beiderseitigen Interessen der Parteien gegeneinander abgewogen werden, die sich aus formell- wie materiell-rechtlichen

---

571) siehe hierzu die Veröffentlichung des Beschlusses des OLG Köln in Betr. 1699 = JurBüro 1111

572) NJW 76, 2137, 2138

und vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten sowie aus den wirtschaftlichen Auswirkungen für die Parteien ergeben könnten. Allerdings enden auch hier die Ausführungen, eine konkrete Wertung und Abwägung findet nicht mehr statt.

d) Das Oberlandesgericht Köln beschäftigt sich in einem weiteren Beschluß [573] mit der Einstellung der Vollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung. Es wird zunächst festgestellt, daß dem Kläger die vorläufige Vollstreckung im betreffenden Fall gänzlich versagt bliebe, sollte die Fortführung der Vollstrekkung von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht werden, weil er zu dieser nicht in der Lage sei. Andererseits laufe der Beklagte aufgrund der angespannten finanziellen Lage des Klägers bei einer Vollstrekkung ohne Sicherheitsleistung Gefahr, die von ihm vorläufig entrichteten Beträge im Falle seines letztendlichen Obsiegens im Rechtsstreit nicht mehr zurückzuerhalten. Sollte dagegen der Kläger obsiegen, so gehe er möglicherweise durch die Abhängigkeit der Vollstrekkung von einer Sicherheitsleistung zur Zeit noch bestehender Vollstreckungsmöglichkeiten verlustig. Die Beurteilung eines Vorranges der so dargestellten Parteiinteressen macht das Gericht dann von der Prüfung der Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes abhängig. Sollte diese Prüfung zu keinem eindeutigen Ergebnis führen, so könne die Überlegung von ausschlaggebender Bedeutung sein, daß dem Kläger der Vorteil nicht entzogen werden dürfe, den er in Form eines Versäumnisurteiles aufgrund der nachlässigen Prozeßführung durch den Beklagten erlangt habe.

---

573) MDR 74, 407

e) Das Oberlandesgericht Bremen [574] hatte für den Rechtszustand vor der Vereinfachungsnovelle zu entscheiden, ob die §§ 707, 719 auch auf die Vollstrekkung aus einem Wechselvorbehaltsurteil Anwendung finden könnten. Trotz der nunmehr ausdrücklichen Regelung durch die Vereinfachungsnovelle sind die Erwägungen des Gerichtes in diesem Zusammenhang von Bedeutung, weil sie m.E. jetzt bei der konkreten Abwägung der Parteiinteressen zu berücksichtigen sein werden. [575]

Das Gericht hebt hervor, der Zweck des Wechselprozesses bestehe darin, dem Kläger unter bewußter Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten des Beklagten eine rasche Durchsetzung seines Wechselanspruches zu ermöglichen, sollte er diesen Anspruch urkundlich belegen können. Dies bedinge aber nicht nur ein beschleunigtes Erkenntnisverfahren zur Erlangung eines Vollstreckungstitels, sondern auch eine rasche Vollstreckungsmöglichkeit. [576] Dem würde aber eine Einstellung der Vollstreckung zuwiderlaufen. Denn die Funktionsfähigkeit des Wechsels im Zahlungs- und Kreditverkehr hänge entscheidend von einer raschen Befriedigungsmöglichkeit für den Wechselberechtigten ab.

---

574) NJW 69, 1260. Die gleichen Erwägungen werden in einer Vielzahl von weiteren Entscheidungen angestellt, vgl. etwa KG Berlin (West) NJW 53, 188 f.; OLG Karlsruhe NJW 59, 1282; OLG Frankfurt NJW 68, 756; OLG Düsseldorf NJW 74, 2324.

575) ebenso etwa das Hans.OLG Hamburg MDR 51, 432, 433, das die sachlich und inhaltlich gleichen Erwägungen wie das OLG Bremen a.a.O. anstellt, nur eben im Rahmen der Ermessensbildung und -ausübung.

576) dazu auch oben S. 35

Dadurch werde der Beklagte auch nicht über Gebühr benachteiligt. Ein Wechselschuldner wisse in der Regel um diese Umstände, wenn er eine Wechselverbindlichkeit eingehe. Soweit das Gericht weiter auf für den Schuldner bestehende Rechtsschutzmöglichkeiten nach den §§ 714, 712, 713 a.F. hinweist, kann dies hier vernachlässigt werden, da diese Ausführungen nur für die Frage der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 707, 719 Bedeutung erlangen konnten.

f) In gleicher Weise stellt das Oberlandesgericht Hamm [577] zunächst auf den Beschleunigungsgedanken des Wechsel- bzw. Scheckprozesses ab. Es führt seine Überlegungen dann aber dahin weiter, daß dieser dann nicht mehr zum Tragen kommen könne, wenn sich die Vollstrekkung als rechtsmißbräuchlich darstellen würde. Rechtsmißbrauch hat das Gericht dann für den folgenden Sachverhalt angenommen: Der im Wechselprozeß Beklagte hatte dem Kläger ein Darlehen gewährt, das durch Naturalleistungen abgetragen werden sollte. Gleichwohl das Darlehen noch nicht vollständig abgetragen war, hat der Kläger den Beklagten mit der Zusage zur Ausstellung eines Wechsels bewogen, am nächsten Tage weitere Lieferungen zu tätigen. Am folgenden Tage stellte der Kläger jedoch seinen Geschäftsbetrieb ein. Der Beklagte konnte durch Vorlage von Quittungen seine Leistungen an den Kläger nachweisen. Das Gericht sah unter diesen Umständen die Einstellung der Vollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil gegen Sicherheitsleistung als gerechtfertigt an.

g) Ebenfalls mit der einstweiligen Einstellung der

---

577) JMBl.NRW 53, 5, 6

Vollstreckung aus einem Wechselvorbehaltsurteil, wenn vom Wechselschuldner das Nachverfahren betrieben wird, hatte sich das Reichsgericht [578] zu befassen. Im Rahmen seiner Parteivernehmung legte der Kläger einen Eid ab. Im Nachverfahren brachte der Beklagte zwei eidesstattliche Versicherungen dritter Personen bei, aus denen sich ergeben sollte, daß der Kläger den Eid wissentlich falsch geleistet habe. Das Reichsgericht hat ausgeführt, der Beklagte habe den Restitutionsgrund nach § 580 Ziff. 1 glaubhaft machen können, den er aber wegen § 582 nicht mit der Restitutionsklage, sondern mit der Durchführung des Nachverfahrens nach § 600 verfolgen müsse, allerdings unter der Voraussetzung des § 581 Abs. 1. Aus diesem Erfordernis der gesetzlichen Regelung dürfe dem Beklagten kein Nachteil erwachsen, die einstweilige Einstellung nach § 707 müsse zugelassen werden.

II. Für eine vorübergehende Unterhaltsregelung durch Vergleich nach § 627 a.F. hat das Oberlandesgericht Zweibrücken [579] ausgeführt, die einstweilige Einstellung der Vollstreckung aus dem Vergleich ohne Sicherheitsleistung sei deshalb gerechtfertigt, weil die Vorinstanz zu Recht von der Wahrscheinlichkeit ausgehen konnte, daß der Kläger aufgrund der finanziellen Lage der Beklagten keine Möglichkeit haben werde, bei einem rückwirkenden Wegfall der Unterhaltsverpflichtung die geleisteten Beträge wieder zurückzuerhalten. Daß die Unterhaltspflicht entfalle, sei aber wahrscheinlich.

---

578) RGZ 54, 303, 306 f.

579) OLGZ 74, 247, 250

III. Für die einstweilige Einstellung der Vollzie=hung eines Arrestes/ einer einstweiligen Verfügung haben die Gerichte wie folgt abgewogen:

a) In einem Fall des Kammergerichtes [580] war dem Schuldner als Ehemann der Gläubigerin durch eine als Beschluß ergangene einstweilige Verfügung untersagt worden, über das Gesamtgut zu verfügen. Auf Wider=spruch und Einstellungsantrag des Schuldners erwägt das Gericht, für die Gläubigerin könne aufgrund einer sofortigen Außerkraftsetzung des Verfügungsverbotes ein Substanzverlust entstehen, demgegenüber aber der Schuldner durch die einstweilige Verfügung nur in sei=ner Verfügungsbefugnis beschränkt werde. Deshalb er=scheine "im Zweifel" die der Gläubigerin durch die Einstellung drohende Gefahr weit schwerwiegender als die Gefahr für den Schuldner, die sich aus der Ver=sagung der einstweiligen Einstellung ergibt. Das Kam=mergericht gelangt zu dem Ergebnis, daß zur Sicherung des Schuldners die Aussetzung der Vollziehung eines etwa im Zuge der Zwangsvollstreckung ergangenen Ord=nungsgeldbeschlusses ausreiche.

b) Im Rechtsstreit vor dem Oberlandesgericht Braun=schweig [581] wurden Gegenstände aufgrund einer Lei=stungsverfügung gepfändet, die der Schuldner zur Er=füllung einer Altenteilsforderung in seinem Gewahrsam hatte. Gegen die einstweilige Verfügung hat der Schuld=ner Widerspruch eingelegt. Der Versteigerungstermin war auf einen früheren Zeitpunkt anberaumt als die münd=liche Verhandlung über den Antrag auf Erlaß einer einst=weiligen Verfügung. Nachdem das Gericht festgestellt

---

580) JW 28, 1316, 1317

581) JW 28, 1317

hat, daß beide Parteien "arm" seien, führt es aus, bei der Mittellosigkeit des Schuldners seien für ihn die gepfändeten Gegenstände auch dann unwiederbringlich verloren, wenn er mit seinem Widerspruch durchdringe, weil dieser die weitere Vollstreckung aus der einstweiligen Verfügung nicht hindere. Aufgrund dieses Sachverhaltes gelangt es zu einer einstweiligen Einstellung ohne Sicherheitsleistung.

c) Das Oberlandesgericht Karlsruhe [582] hat für den Fall, daß dem Geschäftsführer einer Personengesellschaft die Vertretungsmacht vorläufig entzogen sowie das Betreten der Geschäftsräume unter Strafandrohung verboten, §§ 117, 127 HGB, und auf seinen Widerspruch hin die Vollziehung der einstweiligen Verfügung ausgesetzt worden ist, bedacht: Die einstweilige Verfügung habe sich nicht darauf beschränkt, dem Geschäftsführer rechtswidrige Eingriffe in das Unternehmen der Parteien zu untersagen, sondern sie nehme ihm, ähnlich einem vorläufig vollstreckbaren Urteil in der Hauptsache, die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft, wodurch die Rechtslage einstweilen umgestaltet werde. Bei einem entsprechenden Urteil in der Hauptsache hätte die Vollstreckung für den Fall der Berufung gemäß den §§ 707, 719 Abs. 1 einstweilen eingestellt werden können. Auch hätte der Antragsteller, wäre eine mündliche Verhandlung bei Verneinung der Dringlichkeit (§ 937 Abs. 2) durchgeführt worden, weniger schnell einen Vollstreckungstitel erlangt. Hinzu komme, daß an eine Entziehung der Geschäftsführung und der Vertretungsmacht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes strenge Anforderungen zu stellen seien. Aus diesen Überlegungen zieht das Gericht den

582) MDR 75, 324

Schluß, daß zu Recht die Vollziehung der einstweiligen Verfügung ohne Sicherheitsleistung ausgesetzt worden sei.

IV. Im Rahmen der §§ 766, 732 Abs. 2 hat das Landgericht Waldshut [583] - allerdings im Zusammenhang mit der Frage, ob die Anfechtung von Beschlüssen zuzulassen sei, die den Erlaß einstweiliger Anordnungen ablehnen - bei Wohnungsräumungen darauf abgehoben, daß die zwangsweise Räumung der vom Schuldner bewohnten Wohnung und der Einzug neuer Mieter Verhältnisse schaffen würden, die nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten. Deshalb würden die eine einstweilige Einstellung ablehnenden Beschlüsse unanfechtbar zu einer Bestätigung der alsbaldigen Räumungspflicht führen. Angesichts dessen würde sich das Recht des Schuldners, den einen Antrag auf Vollstreckungsschutz zurückweisenden Beschluß mit der sofortigen Beschwerde nach § 793 anfechten zu können, als reines Formalrecht darstellen. Dies könne nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, so daß die Anfechtung der Nichteinstellung zulässig sei.

V. Zu § 769 sollen die folgenden Entscheidungen angeführt werden:

a) Dem Reichsgericht [584] hat folgender Sachverhalt zur Beurteilung vorgelegen: Der Konkursverwalter einer Gemeinschuldnerin erhob gegen die Pfändung eines Gläubigers Drittwiderspruchsklage mit der Begründung, er könne diese Pfändung gemäß § 30 Ziff. 2 KO anfechten.

---

583) NJW 54, 277

584) RGZ 30, 394, 397 f.

Das Amtsgericht hat nach § 769 Abs. 2 angeordnet, daß der Versteigerungserlös aus der Verwertung des verstrickten Gegenstandes bei der Gerichtskasse zu hinterlegen sei. Obwohl eine Anordnung solchen Inhaltes in § 769 Abs. 1 nicht vorgesehen, vielmehr lediglich dem § 805 Abs. 4 eigen ist, hat das Reichsgericht die Rechtmäßigkeit der amtsrichterlichen Anordnung bestätigt. Es führt hierzu aus, die entsprechende Anwendung des § 805 Abs. 4 sei sachgerecht. Gegenüber anderen Gläubigern komme dem Konkursverwalter nur insoweit eine günstigere Stellung zu, als er infolge der Ausübung seines konkursrechtlichen Anfechtungsrechtes zu den Drittwiderspruchsberechtigten nach § 771 gehöre. Im übrigen könne man die Anordnung, den Verwertungserlös bei der Gerichtskasse zu hinterlegen, auch als eine Einstellung der Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung auffassen, die direkt aus den §§ 771 Abs. 3 Satz 1, 769 Abs. 1 Satz 1 hergeleitet werden könne.

Das Reichsgericht spricht dies zwar nicht aus, man kann aber vermuten, daß seinen Überlegungen folgender Gedanke zugrunde gelegen hat: Das Konkursverfahren bezweckt die rechtliche und vor allem wirtschaftliche Auflösung des Vermögens der Gemeinschuldnerin. In seinem Verlaufe hat der Konkursverwalter das Vermögen zu verwerten, § 117 Abs. 1 KO. Kommt es mithin jedenfalls zur Verwertung, so ist der Konkursmasse auch durch eine solche in den Formen der Zwangsvollstrekkung Genüge getan, wenn sichergestellt ist, daß der Erlös der Masse zufließen kann.

b) Das Oberlandesgericht Frankfurt [585] hat festge-

585) MDR 69, 317

stellt, daß der Rechtsgedanke des § 707 Abs. 1 Satz 2 auch bei § 769 angemessen zu berücksichtigen sei.[586] Deshalb reiche es für eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung nicht aus, daß eine schlüssige Vollstreckungsgegenklage eingereicht und die sie stützenden Tatsachen glaubhaft gemacht werden, vielmehr sei zu fordern, daß der Schuldner Umstände darlege und glaubhaft mache, die gerade diese den Gläubiger der titulierten Forderung schwer belastende Maßnahme angemessen erscheinen lasse.

c) Abschließend sei noch eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes Bamberg[587] angeführt. Zu der Frage der Einstellung der Vollstreckung gegen bzw. ohne Sicherheitsleistung bei § 769 berücksichtigt es, daß den Gläubigern Grundpfandrechte mit umstrittenem Wert abgetreten worden seien, und sie des Weiteren durch Pfändungen wertvollen Inventares ein Pfandrecht in beträchtlicher Höhe erlangt hätten. Zudem betreffe die Dauer der einstweiligen Einstellung nur einen vergleichsweise kurz bemessenen Zeitraum (12.11.1973 - 1.2.1974), da lediglich für diesen der Einwand der Stundung erhoben worden sei. Das Gericht hat demzufolge die Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung eingestellt, allerdings befristet bis zum 1.2.1974.

---

586) vgl. dazu auch oben S. 197 ff.

587) JurBüro 74, 509, 510

§ 17 Die von der Rechtsprechung berücksichtigten Gesichtspunkte in systematischer Sicht

I. Die Ergiebigkeit der Entscheidungen - Es ist bereits darauf hingewiesen worden,[588] daß die veröffentlichten Entscheidungen zum ganz überwiegenden Teil überhaupt keine Anhaltspunkte dafür liefern, wie das erkennende Gericht nun ganz konkret die jeweiligen Interessen der Parteien abgewogen hat. Wird eine solche Interessenabwägung gleichwohl angesprochen, so erfolgt ihre Darstellung - jedenfalls soweit der Abdruck reicht - zumeist nur in Ansätzen.

Für diese Situation im Spiegel der Veröffentlichungen lassen sich mehrere Gründe finden:

a) Zunächst ein ganz praktischer. Die den Verlagen zum Abdruck zur Verfügung gestellten Entscheidungen müssen aus drucktechnischen Gründen gekürzt werden. Ansonsten würde der Rahmen einer Zeitschrift hinsichtlich ihres Umfanges gesprengt. Dies ist zugleich auch eine wirtschaftliche Frage. Der Kürzung fallen aber naturgemäß die Teile der Entscheidungsgründe zum Opfer, die scheinbar ausschließlich auf den entschiedenen Einzelfall bezogen sind und denen keine allgemeine Bedeutung zukommt. Demzufolge werden die grundsätzlichen Ausführungen abgedruckt, die Probleme der Interessenabwägung im Einzelfall bleiben unberücksichtigt. Ausnahmen bestätigen die Regel.

b) Ein Beschluß der Gerichte der Hauptsache, durch

---

588) oben S. 345

den über den Erlaß einer einstweiligen Anordnung befunden wird, wird in der Praxis regelmäßig nicht begründet. Der Erforderlichkeit einer Begründung werden nur diejenigen Beschlüsse unterzogen, die rechtsmittelfähig sind. [589] Da aber nach der ganz überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung sämtliche einstweilige Anordnungen in zumindest entsprechender Anwendung des § 707 Abs. 2 Satz 2 unanfechtbar sind, entfällt die Pflicht, den Beschluß zu begründen, wovon die Praxis nahezu ausnahmslos Gebrauch macht. Dies kommt in den Feststellungen der Obergerichte zum Ausdruck, die sich mit einer gleichwohl eingelegten sofortigen Beschwerde zu befassen haben. [590]

Geht man aber vom Grundsatz der Unanfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen aus, so kann doch nicht gleichwohl für die Fälle, in denen ausnahmsweise die sofortige Beschwerde zulässig sein soll, von den Gerichten eine Begründung gefordert werden. [591] Denn die Zulässigkeit der Anfechtung wird von Ermessensfehlern des entscheidenden Gerichtes abhängig gemacht, die zu beurteilen lediglich der iudex ad quem in der Lage ist. [592]

---

589) ganz allgemeine Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, etwa OLG Frankfurt MDR 69, 60; OLG Düsseldorf OLGZ 72, 245; OLG Koblenz NJW 74, 2055 m.w.N.; KG NJW 74, 2010 = FamRZ 454; FamRZ 76, 99 m.w.N.; OLG Karlsruhe Justiz 76, 300; OLG Schleswig SchlHA 77, 14; OLG Hamm OLGZ 77, 410, 414; Zöller-Vollkommer § 329 II 4; Baumbach-Lauterbach-Hartmann 1 A; Thomas-Putzo § 707 Anm. 5

590) vgl. dazu etwa OLG Zweibrücken OLGZ 74, 247, 250

591) ähnlich für die Frage der Zustellung Stein-Jonas-Münzberg § 707 Rdnr. 21

592) nur scheinbar a.A. OLG Celle NJW 66, 936, das nämlich von der generellen Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen nach § 769 ausgeht.

Die Alternativen können also nur so lauten: entweder eine generelle Pflicht zur Begründung oder gar keine. Die Rechtsprechung hat sich entsprechend ihrer Auffassung vom Grundsatz der Unanfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen dafür entschieden, daß keine Begründung gegeben zu werden braucht.

c) Nach ganz überwiegender Auffassung [593] darf der iudex ad quem bei der Beurteilung der Zulässigkeit und Begründetheit der sofortigen Beschwerde nicht sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des iudex a quo setzen, er muß vielmehr durch Zurückverweisung diesem die Möglichkeit einer erneuten Ermessensbildung eröffnen. Das Beschwerdegericht kann somit keine umfassende Würdigung aller konkreten Umstände des betreffenden Einzelfalles vornehmen und diese gegeneinander abwägen, es ist darauf beschränkt, zu prüfen, ob sich das Prozeßgericht im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens gehalten hat, ob etwa ein wesentlicher Umstand nicht berücksichtigt bzw. sachfremde Erwägungen angestellt oder aber nicht vorgesehene Anordnungen erlassen worden sind.

d) Stellt man eine verfahrensrechtliche Beziehung zwischen den Tatbeständen zu b) und c) her, so ergibt sich folgendes Bild: Die Gerichte der Hauptsache begründen ihre Entscheidungen über Anträge auf Erlaß von einstweiligen Anordnungen nicht. Deshalb können die Beschwerdegerichte bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Anfechtung nur recht bruchstückhaft etwa den Inhalt einer Anordnung überprüfen. Es bleibt ihnen dann gar nichts anderes übrig, als ganz allgemein festzustellen, daß im übrigen nicht davon ausgegangen wer-

---

593) dazu oben S. 71 ff.; a.A. aber OLG Bamberg JurBüro 74, 508, 510

den könne, der iudex a quo habe dieses oder jenes nicht beachtet bzw. seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt.[594]

II. Versuch einer Systematisierung - Ist aus den angeführten Gründen das Material aus der Rechtsprechung auch nicht umfangreich, so soll doch der Versuch unternommen werden, die berücksichtigten Umstände unter systematischen Gesichtspunkten zusammenzufassen und zu gliedern. Die im Weiteren folgende Untersuchung muß jedoch aufgrund der Dürftigkeit des herangezogenen Grundlagenmaterials notgedrungen grob ausfallen.

Die von der Rechtsprechung in die Interessenabwägung mit einbezogenen Gesichtspunkte gehen in unterschiedliche Richtungen. Dabei lassen sich in einer ersten Unterteilung zwei Obergruppen bilden, denen sich die einzelnen Gesichtspunkte eingliedern lassen. Es sind dies einmal Umstände, die sich aus einer objektiv bezogenen Rechtsbetrachtung ableiten lassen, zum anderen aber die konkreten persönlichen Verhältnisse der Parteien. Innerhalb dieser Obergruppen lassen sich die beigezogenen Umstände weiter untergliedern. Dabei wird sich zeigen, daß sich der eine oder andere Umstand unter mehreren Aspekten erfassen läßt.

a) Die objektiven Umstände - Diese Obergruppe wird durch diejenigen Umstände charakterisiert, die sich zwar aus dem jeweiligen Einzelfall ergeben, die aber unabhängig sind von den durch die Subjektivität geprägten persönlichen Verhältnissen der Parteien. Hierher gehören die Erfolgsaussicht des ergriffenen Rechts-

---

594) vgl. etwa OLG Frankfurt MDR 69, 60

behelfes sowie diejenigen Folgerungen, die aus der ge=setzlichen Regelung des zu entscheidenden Falles zu ziehen sind.

(1) Die Erfolgsaussicht des ergriffenen Rechtsbehel=fes - aa) Der Begriff "Rechtsbehelf" wird in diesem Zusammenhang im weitesten Sinne verstanden. D.h. es werden alle diejenigen Prozeßhandlungen erfaßt, die den Rechtsstreit in ein weiteres Verfahrensstadium überleiten, sei es, daß der Prozeß in die nächsthöhere Instanz getragen wird (Berufung, Revision), sei es, daß das erstinstanzliche Gericht erneut über die Kla=ge bzw. den Antrag zu befinden hat (Widerspruch, Ein=spruch), oder daß der Rechtsstreit in ein anderes Verfahren (Nachverfahren im Urkundenprozeß) über=geleitet wird usw..

Das Problem der Berücksichtigung der Erfolgsaussicht des eingelegten Rechtsbehelfes ist bereits ausführlich erörtert worden. [595] Dabei wurde gewissermaßen die ab=strakte Frage untersucht, ob in jedem Falle die Erfolgs=aussicht zu berücksichtigen ist, und auf welche Prozeß=handlung sich diese Prüfung zu beziehen hat. Im vorlie=genden Zusammenhang stellt sich die weiterführende Fra=ge nach den konkreten Auswirkungen dieser Beurteilung der Erfolgsaussicht.

Die Rechtsprechung geht - übrigens in Übereinstimmung mit der überwiegenden Literatur - ohne Abweichung davon aus, daß bei der Entscheidung über eine einstweilige Anordnung die Erfolgsaussicht immer summarisch über=prüft werden muß. Zu der Frage, wie die Erfolgsaussicht

595) oben S. 40 ff.

festzustellen ist, und welche Umstände bzw. welcher Vortrag in diese Prüfung mit einzubeziehen sind, wird berücksichtigt, worauf etwa die Berufung gestützt wird. Dabei wird zu Recht die Bewertung neuer Zeugenbeweise, wenn die Zeugenvernehmung noch nicht durchgeführt worden ist, abgelehnt, wenn die Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteiles aufgrund der dort festgestellten Tatsachengrundlage nicht in Zweifel gezogen wird. [596]

Oft ist es für die Gerichte ziemlich schwierig, mit Einlegung des Rechtsbehelfes bereits summarisch dessen Erfolgsaussicht zu beurteilen. Dies liegt einmal daran, daß oft über in tatsächlicher Hinsicht sehr komplizierte Sachverhalte befunden werden muß, zum anderen gründet sich dies auf die Schwierigkeit der Einbeziehung neuen Tatsachenvortrages in die summarische Überprüfung. Steht lediglich die Beurteilung einer Rechtsfrage an, dann sind die Schwierigkeiten ausschließlich im zuerst genannten Bereich begründet.

Die Schwierigkeiten bei der summarischen Überprüfung des Rechtsbehelfes können dazu führen, daß die Erfolgsaussicht (noch) nicht eindeutig beurteilt werden kann. Dann stellen die Gerichte die Wertigkeit der Erfolgsaussicht innerhalb des Spannungspaares offensichtlich begründet bzw. unbegründet fest, und beziehen diese im Verein mit den anderen Gesichtspunkten in die Interessenabwägung ein. [597]

bb) Schlußfolgerungen und Kritik - Geht man von diesen Grundsätzen der Rechtsprechung in bezug auf die Ermessensausübung durch die Prozeßgerichte aus, so

---

596) OLG Köln Betr. 75, 1699 = JurBüro 1111

597) OLG Frankfurt (Darmstadt) NJW 76, 2137, 2138; OLG Köln MDR 74, 407

führt dies zu folgenden Ergebnissen: Ist ein Rechts= behelf schon nach summarischer Überprüfung offensicht= lich unbegründet und damit aussichtslos, dann ist der Erlaß einstweiliger Anordnungen abzulehnen. Ist der Rechtsbehelf dagegen offensichtlich begründet, so rechtfertigt dies den nach der jeweiligen gesetzlichen Regelung weitestgehenden richterlichen Eingriff in das Vollstreckungsverfahren, soweit auch mögliche zusätz= liche Voraussetzungen erfüllt sind. Im übrigen wird das Gewicht der Parteiinteressen, das ihnen aufgrund der summarischen Begründetheitsprüfung zukommt, zu be= stimmen und seine Wertigkeit gegenüber anderen Ge= sichtspunkten bei der Interessenabwägung festzusetzen sein.

In den Darlegungen des Oberlandesgerichtes Köln [598] vermißt man die Schlußfolgerung aus der Nichtberück= sichtigung des neuen Tatsachenvortrages samt dem Be= weisangebot auf Vernehmung zweier Zeugen. Allein daß dieser Umstand bei der Beurteilung der Erfolgsaussicht nicht dazu führen kann, von einer begründeten Berufung auszugehen, schließt es m.E. nicht aus, die Möglich= keit der Begründetheit in Erwägung zu ziehen. Dies wür= de dann zu einer relativen Erfolgsaussicht der Berufung führen, deren Gewicht in der beschriebenen Weise fest= zusetzen ist. [599] Des weiteren bleibt in diesem Be= schluß des Gerichtes offen - übrigens zu Recht, da die= se Frage mangels tatsächlicher Grundlage nicht zu beur= teilen war -, ob dann etwas anderes zu gelten hat, wenn die neuen Beweisangebote andere Beweismittel, z.B.

---

598) a.a.O.

599) so offensichtlich auch OLG Frankfurt (Darmstadt) NJW 76, 2137, 2138

Urkunden, betreffen. Denn deren Aussagegehalt und -kraft kann auch summarisch beurteilt werden, da ihr Inhalt bereits jetzt feststeht. Ihre Berücksichtigung stellt m.E. auch keine vorweggenommene Beweiswürdigung dar, bei der die Beweiskraft der Beweismittel gewertet wird, ohne daß das Ergebnis der Beweisaufnahme überhaupt bekannt ist, und sich das Gericht noch kein unmittelbares Bild von der Qualität des Beweismittels machen konnte. Diese Umstände sind deshalb schon bei der Überprüfung der Erfolgsaussicht zu berücksichtigen.

(2) Neue Tatsachen und Beweismittel - Aus dem Beschluß des Oberlandesgerichtes Frankfurt (Darmstadt) [600] ergibt sich, daß ein mit dem Rechtsbehelf neu eingeführter Tatsachenvortrag auf zwei Ebenen berücksichtigt wird: Einmal bei der Beurteilung der Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes. Führt das neue Vorbringen nach summarischer Überprüfung zu dessen Begründetheit, dann ist weiter das Gewicht dieses Umstandes im Widerstreit mit den anderen, die Parteiinteressen charakterisierenden Gesichtspunkten zu bestimmen. Der Schuldner, der etwa Berufung einlegt, muß gegen sich gelten lassen, daß das erstinstanzliche Urteil nur aufgrund eines neuen Sachvortrages angegriffen werden kann, dieses somit formal oder auch materiell [601] zu Recht ergangen ist.

Diesem Vorgehen kann zugestimmt werden. Durch den in der ersten Instanz erstrittenen Titel hat der Gläubiger eine ihm vom Gesetz, §§ 708 ff., zugesprochene prozessuale Stellung erlangt, kraft derer ihm ein Vorrang vor den Schuldnerinteressen und die grundsätzliche

---

600) a.a.O.

601) wenn die neu vorgebrachten Tatsachen erst nach dem Erlaß des erstinstanzlichen Urteiles entstanden sind.

Befugnis zur Zwangsvollstreckung vermittelt wird. Allein eine anderweitige Beurteilung des Rechtsstreites vermag bis zur endgültigen Klärung diesen Vorrang nicht zu brechen, zumal wenn diese auf einem neuen Vortrag beruht.

(3) Die der gesetzlichen Regelung immanenten Gesichtspunkte - Bei der Entscheidung über den Erlaß einstweiliger Anordnungen kann nicht an Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung vorbeigegangen werden, sollen diese nicht unterlaufen werden. Entscheidende Gesichtspunkte lassen sich sowohl aus der materiell-rechtlichen wie der erkenntnisverfahrens- bzw. vollstreckungsrechtlichen Regelung gewinnen.[602]

aa) Ein Gesichtspunkt, der dem materiellen Recht und dessen wirtschaftlichem Hintergrund zuzuschreiben ist, wird aufgegriffen, wenn auf die Funktionsfähigkeit des Wechsels im Zahlungs- und Kreditverkehr abgestellt wird.[603] Der Eigenart des Wechsels entspreche ein beschleunigtes Verfahren auch in bezug auf die Zwangsvollstrekkung, wenn dieser seiner Rolle im Wirtschaftsleben gerecht werden soll.

bb) Auf dem Erkenntnisverfahren beruhende Umstände - Diese Untergruppe läßt sich noch weiter in Gesichtspunkte untergliedern, die der spezialgesetzlichen Regelung besonderer Verfahrensarten entspringen, und solche, die sich auf die Durchführung des Erkenntnisverfahrens beziehen.

Für den Wechselprozeß wird auf den Sinn und Zweck

---

602) OLG Frankfurt (Darmstadt) a.a.O.

603) OLG Hamm JMBl.NRW 53, 5, 6; OLG Bremen NJW 69, 1260

der gesetzlichen Regelung in den §§ 592 ff. abgestellt.[604] Der Zielrichtung des Wechsels entsprechend sei das Wechselverfahren vom Beschleunigungs- und Vereinfachungsprinzip getragen. Dieser Zweck dürfe aber durch einstweilige Anordnungen nicht einfach unterlaufen werden, weshalb er im Rahmen der konkreten Interessenabwägung Berücksichtigung finden müsse.[605]

Ähnlich wird die besondere Stellung des Versäumnisverfahrens, §§ 330 ff., 708 Ziff. 2, hervorgehoben.[606] Könne auf den Einspruch hin die Erfolgsaussicht der Klage summarisch nicht abschließend beurteilt werden, so sei zu bedenken, daß dem Schuldner kein Vorteil entzogen werden solle, den er aufgrund der nachlässigen Prozeßführung des Schuldners erlangt hat. Damit wird ein Wertungsgesichtspunkt in die Interessenabwägung getragen, der dem Aufbau des Versäumnisverfahrens eigentlich fremd ist. Im Versäumnisverfahren werden die Folgen der Säumnis grundsätzlich[607] ohne Rücksicht auf ein Verschulden der nicht erschienenen Partei ausgesprochen. Vom Gericht ist also auch nicht zu prüfen, ob die Säumnis auf Nachlässigkeit beruht. Diese wird gleichsam gesetzlich vermutet. Allein auf dieser Vermutungswirkung baut auch die Folgeregelung mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung auf. Mit dem Oberlandesgericht Köln mußte es jedoch für den Rechtszustand vor der Vereinfachungsnovelle für zulässig erachtet werden, bei der Entscheidung über eine einstweilige Anordnung Umstände mit einzubeziehen, die

---

604) OLG Hamm a.a.O.; OLG Bremen a.a.O.

605) so Hans.OLG Hamburg MDR 51, 432, 433

606) OLG Köln MDR 74, 407

607) Ausnahme: § 337

diese gesetzliche Vermutung widerlegen, und es wahrscheinlich erscheinen lassen, daß die Säumnis nicht auf einer nachlässigen Prozeßführung beruht hat. Diese Wertung hat der Gesetzgeber der Vereinfachungsnovelle - allerdings auf der methodisch anderen Ebene des Inhaltes einstweiliger Anordnungen - in den § 719 Abs. 1 Satz 2 aufgenommen, demzufolge nach einem Einspruch die einstweilige Einstellung der Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil nur ausnahmsweise auch ohne Sicherheitsleistung angeordnet werden darf, wenn nämlich von der säumigen Partei glaubhaft gemacht werden kann, daß die Säumnis nicht auf ihrem Verschulden beruht hat.

Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Verfahrens auf Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes wurde die einstweilige Einstellung der Vollziehung einer einstweiligen Verfügung nach § 924 Abs. 3 Satz 2 nur dann für zulässig erachtet, wenn ihr Inhalt dem Sicherungsziel eines Arrestes entspreche. [608]

Auch auf das Ziel der Leistungsverfügung, über eine einstweilige Verfügung bereits - wenn auch möglicherweise zeitlich begrenzt - die Erfüllung des verfolgten Anspruches zu erreichen, wird eingegangen. [609] Dabei führt das Oberlandesgericht Karlsruhe ausdrücklich aus, daß sich die einstweilige Verfügung nicht auf die Untersagung rechtswidriger Eingriffe in ein Unternehmen beschränke, sondern dem Antragsgegner zugleich die Befugnis zum Handeln für die Gesellschaft nehme, und so ähnlich einem vorläufig vollstreckbaren Urteil die Rechtslage vorläufig umgestalte.

---

608) Hans.OLG Hamburg MDR 55, 48

609) OLG Braunschweig JW 28, 1317; OLG Karlsruhe MDR 75, 324

Das Reichsgericht [610] hebt die Stellung des Konkursverwalters als Drittwiderspruchskläger im Rechtsstreit hervor, die nur aus seinem konkursrechtlichen Anfechtungsrecht zu erklären sei. Dies führe dazu, daß das Interesse des Konkursverwalters so zu beurteilen sei wie das eines Gläubigers, der Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 erhoben hat.

Auf Umstände bei der Durchführung des Erkenntnisverfahrens wird abgestellt, wenn eine Beurteilung darüber gefordert wird, wie der Titel zustande gekommen ist, ob etwa schwere Verfahrensmängel ersichtlich sind, der Sachverhalt keine hinreichende Aufklärung erfahren hat oder keine erschöpfende rechtliche Würdigung vorgenommen worden ist. [611] Allerdings läßt sich dieser Gliederungspunkt nicht streng von der Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfes scheiden.

Für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, besonders für die Leistungsverfügung, wird auch darauf abgehoben, ob mit oder ohne mündliche Verhandlung über den Antrag entschieden worden ist. [612] Denn ist ohne die Durchführung einer mündlichen Verhandlung entschieden worden, so hätte doch die Dringlichkeit verneint und Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt werden können. Dann wäre der Antragsteller aber weniger schnell in den Besitz eines Vollstreckungstitels gelangt. Unausgesprochen bleibt, daß dies wohl zu Interesseneinbußen beim Antragsteller führen muß. Dies,

---

610) RGZ 30, 394, 397 f.

611) OLG Frankfurt (Darmstadt) NJW 76, 2137, 2138

612) OLG Karlsruhe MDR 75, 324

obgleich er auf die Durchführung einer mündlichen Ver=handlung nur mittelbar Einfluß nehmen kann, indem er sich in der Antragsschrift darüber erklärt, ob mit oder ohne mündliche Verhandlung entschieden werden sollte. Wie verfahren wird, hängt letztlich jedoch von der Entscheidung des Gerichtes ab.

cc) Auch auf vollstreckungsrechtliche Besonderheiten sowie auf die tatsächlichen Auswirkungen einer Voll=streckung richtet die Rechtsprechung ihr Augenmerk.

Für die Vollstreckung aus einem Wechselvorbehaltsur=teil wird dargelegt, [613] daß dem Wesen des Wechsels nicht nur ein zügiges Erkenntnisverfahren entspreche, sondern auch die Möglichkeit einer beschleunigten Be=treibung der Vollstreckung. Dieses Erfordernis müsse auch bei der Frage nach einstweiligen Anordnungen Be=achtung finden. Dies entspricht dem durch § 708 Ziff. 4 vorgegebenen vollstreckungsrechtlichen Rahmen. Der gleiche Gedanke wird auch, aufbauend auf § 708 Ziff. 2, für die Einstellung der Vollstreckung aus einem Versäumnisurteil aufgegriffen. [614]

Ebenfalls ein vollstreckungsrechtlicher Aspekt wird erfaßt, wenn im Rahmen der Interessenabwägung bei § 769 die Wertungen des § 707 Abs. 1 Satz 2 hinsichtlich der Einstellung der Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung zur Anwendung gebracht werden. [615]

Die tatsächlichen Auswirkungen, die die Durchführung

---

613) OLG Hamm JMBl.NRW 53, 5, 6; OLG Bremen NJW 69, 1260

614) OLG Köln MDR 74, 407

615) OLG Frankfurt MDR 69, 317

eines Vollstreckungsverfahrens zeitigt, können von verschiedenen Ansatzpunkten aus hinterfragt werden. So kann bei der Wirkung angesetzt werden, die aus dem Ausspruch selbst folgt, oder aber es kann von der Beurteilung der persönlichen Verhältnisse ausgegangen werden. Beide Ansatzpunkte sind in der Rechtsprechung gewählt worden. Der erstere gehört in den vorliegenden systematischen Zusammenhang, der letztere wird unter dem Gesichtspunkt "Persönliche Verhältnisse" dargestellt werden.

Das Erfordernis einer Beurteilung der tatsächlichen Auswirkungen von Vollstreckungsmaßnahmen ergibt sich insbesondere bei der Vollziehung von Leistungsverfügungen. So bewirkt eine einstweilige Verfügung, durch die dem Geschäftsführer die Vertretungsmacht entzogen und das Handeln für die Gesellschaft bei Strafandrohung untersagt wird,[616] daß, obgleich sie den Charakter der Vorläufigkeit trägt, für die Zeit des Bestehens der Verbotswirkung die Rechtslage endgültig und, bezogen auf diese Periode, unveränderbar umgestaltet worden ist.

Daß die einmal durchgesetzte zwangsweise Befolgung eines Urteilsspruches infolge der dadurch geschaffenen tatsächlichen Verhältnisse nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, ergibt sich auch bei einer Wohnungsräumung. Hierzu wird bemerkt, daß dem Auszug des Mieters in der Regel der unmittelbare Einzug eines Nachmieters nachfolgt. Sollte der zum Auszug gezwungene Mieter letztlich doch Obsiegen, so kann die von ihm geräumte Wohnung meist nicht mehr zur Verfügung ge-

---

616) OLG Karlsruhe MDR 75, 324

stellt werden. [617]

(4) Vereinbarungen zwischen den Parteien - Das Oberlandesgericht Bamberg [618] hat darauf hingewiesen, die Einstellung der Vollstreckung könne, wenn die titulierte Forderung vom Gläubiger gestundet worden ist, nur befristet für die Zeit der Stundung angeordnet werden. Dadurch erlangen rechtsgeschäftliche Erklärungen, die materiell-rechtlich von Bedeutung sind, u.U. Bedeutung auch im Bereich der einstweiligen Anordnungen.

b) Die subjektiven Verhältnisse der Parteien - Diese zweite Obergruppe ist geprägt von den persönlichen Verhältnissen der Parteien, aus denen sich deren besondere Interessen ableiten lassen. Diese Verhältnisse können wirtschaftlicher, sie können aber auch ideeller Natur sein.

(1) Die Berücksichtigung der materiellen Verhältnisse der Parteien nimmt in der Rechtsprechung den breitesten Raum ein. Dies ist nicht außergewöhnlich, nimmt doch schon die gesetzliche Regelung in den §§ 708 ff. auf dieses Merkmal am unmittelbarsten Bezug. Denn der Regelung der vorläufigen Vollstreckbarkeit von Urteilen gegen die Leistung einer Sicherheit sowie den Abwendungsbefugnissen nebst Ausnahmen liegt zunächst die Überlegung zugrunde, die finanziellen Verhältnisse der Parteien möglichst sachgerecht zu erfassen und in die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit umzusetzen.

Hier erlangt auch wieder der Umstand Bedeutung, daß

---

617) LG Waldshut NJW 54, 277

618) JurBüro 74, 508, 510

durch die Vollstreckung unveränderbare tatsächliche Zustände geschaffen werden können, diesmal aber bezogen auf die persönlichen Verhältnisse der Parteien. So hatte das Oberlandesgericht Braunschweig [619] in einem Rechtsstreit über eine einstweilige Einstellung der Vollziehung einer Leistungsverfügung ohne Sicherheitsleistung zu befinden, in dem beide Parteien mittellos waren. Das Gericht stellt fest, daß, würde die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung eingestellt, dies gleichwohl die Verwertung der gepfändeten Sachen nicht hindern könne, da der Antragsgegner den festgesetzten Betrag nicht aufbringen könne. Die gepfändeten Tiere wären deshalb für ihn unwiederbringlich verloren. Inwieweit er gegen den ebenfalls mittellosen Antragsteller mit einem Rückforderungsanspruch für den Fall seines letztendlichen Obsiegens durchdringen könnte, erörtert das Gericht nicht.

Eine ähnliche Problematik hatte das Oberlandesgericht Köln [620] bei der Vollstreckung aus einem Versäumnisurteil zu behandeln. Es führt aus, würde dem Kläger auch die weitere Vollstreckung ohne Sicherheitsleistung nachgelassen, so eröffne sich dem Beklagten, sollte er obsiegen, die Gefahr, den geleisteten Betrag nicht mehr zurückzuerhalten. Andererseits könnte der Kläger durch eine Koppelung der Vollstreckung an eine Sicherheitsleistung zur Zeit noch bestehender Vollstreckungsmöglichkeiten verlustig gehen. [621]

Des weiteren wird auch eine bereits anderweitig erreichte Absicherung des Gläubigers beachtet. [622]

---

619) JW 28, 1317 620) MDR 74, 407
621) vgl. auch OLG Zweibrücken OLGZ 74, 247, 250
622) OLG Bamberg JurBüro 74, 508, 510

(2) Soweit die Berücksichtigung ideeller Interessen der Parteien in Frage steht, ist die Rechtsprechung nicht sehr ergiebig. Gleichwohl werden von ihr solche Gesichtspunkte in die Interessenabwägung einbezogen.

So wertet das Reichsgericht [623] mittelbar einen ideellen Aspekt, wenn es eine falsche Eidesleistung im Wechselprozeß zum Anlaß nimmt, für den Rechtszustand vor der Vereinfachungsnovelle eine einstweilige Einstellung der Vollstreckung aus dem Vorbehaltsurteil zuzulassen. Es steht nicht nur im öffentlichen Interesse, sondern auch im Interesse der betroffenen Partei, daß die falsche Eidesleistung auch strafrechtlich (vgl. § 581 Abs. 1) geahndet wird. Dieser nicht materielle Gesichtspunkt kann bei der Interessenabwägung, ob eine einstweilige Anordnung erlassen werden soll, Berücksichtigung finden.

Im übrigen ist aber bei der Annahme von ideellen Elementen in der Rechtsprechung Zurückhaltung geboten, um nicht der Gefahr zu unterliegen, in jeder materiellen zugleich auch eine zu beachtende ideelle Beeinträchtigung zu erblicken.

---

623) RGZ 54, 303, 306 f.

Literaturverzeichnis

Auerbach, L. Anmerkung zum Beschluß des Schleswig-Holsteinischen OLG vom 19.11.1948 - 2 W 447/48, in: JR 49, 88 f.

Bassenge-Herbst Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit/ Rechtspflegergesetz, 2.Aufl. 1976, Heidelberg, Karlsruhe

Baumann, Jürgen Zwangsvollstreckung, 1975, Bielefeld

Baumbach-Lauterbach Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 29.Aufl. 1966, München und Berlin

Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen,
34.Aufl. 1976, München
37.Aufl. 1979, München

Baur, Fritz Zivilprozeßrecht, 3.Aufl. 1979, Frankfurt a.M.

ders. Der schiedsrichterliche Vergleich, 1971, München

ders. Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen. Zwangsvollstrekkungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 3.Aufl. 1974, Karlsruhe

ders. Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, Tübingen

ders. Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach Erhebung einer Abänderungsklage gem. § 323 ZPO, in: JR 49, 256 f.

ders. Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 5.5.1965 - VIII ZR 95/65, in: JZ 65, 541

Bericht der Kommission für das Zivilprozeß=recht, herausgegeben vom Bundes=ministerium der Justiz, März 1977

Blomeyer, Arwed Zivilprozeßrecht. Erkenntnisver=fahren. 1963, Berlin, Göttingen, Heidelberg

ders. Zivilprozeßrecht. Vollstreckungsver=fahren. 1975, Berlin, Heidelberg, New York, mit Nachtrag 1979

Brühl-Göppinger-Mutschler Unterhaltsrecht, Teil 2: Das Verfahrensrecht, 3.Aufl. 1976, Bielefeld

Bruns-Peters Zwangsvollstreckungsrecht, 2.Aufl. 1976, München

Burghardt, H. Abänderungsklage und Vollstreckungs=gegenklage bei Unterhaltsansprüchen, in: LZ 26, 684 ff.

Fleischmann-Mein Die Anfechtbarkeit einstweiliger Anordnungen, in: DRiZ 58, 310 ff.

Gaul, Hans Friedhelm Die Grundlagen des Wiederauf=nahmerechtes und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe, 1956, Bielefeld

Gilles, Peter — Vollstreckungsgegenklage, sog. vollstreckbarer Anspruch und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung im Zwielichte prozessualer und zivilistischer Betrachtungsweise, in: ZZP 83, 61 ff.

Greiser — Die vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung bei der Erhebung von Abänderungsklagen (§ 323 ZPO).I., in: JW 35, 3145 f.

Grund — § 765a ZPO in der Mobiliarzwangsvollstreckung, in: NJW 56, 126 ff.

Grunsky, Wolfgang — Grundlagen des Verfahrensrechts, 2.Aufl. 1974, Bielefeld

ders. — Die auf Leistungserbringung gerichtete einstweilige Verfügung, in: JurA 70, 724 ff.

ders. — Anmerkung zum Beschluß des BAG vom 6.1.1971 - 3 AZR 384/70, in: AP Nr. 3 zu § 719 ZPO

Habscheid, Walther — Unterhaltsurteil, Änderung der Gesetzgebung und Wandel der Rechtsprechung, in: FamRZ 54, 34 ff.

Hahn, Karl — Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Band 2: Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu demselben vom 30.1.1877, A.S.M. 1.2.1880, Teilband 1 (zit.: Hahn Materialien I)

Jauernig, Othmar — Das fehlerhafte Zivilurteil, 1958, Frankfurt a.M.

ders. — Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, in: ZZP 79, 321 ff.

Jonas-Pohle Zwangsvollstreckungsnotrecht, 16.Aufl. 1954, Berlin u. Frankfurt a.M.

Junghanss, Friedrich Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 707, 719 ZPO und ihre Ausdehnung auf ähnliche Fälle, Diss.Erlangen 1949

Kühne, Gunther Materiellrechtliche Einwendungen gegen Prozeßvergleiche und Vollstreckungsgegenklage, in: NJW 67, 1115 ff.

Kuhnt Der Herausgabeanspruch aus § 836 Abs. 3 ZPO, in: ZZP 43, 348 ff.

Lange-Kuchinke Erbrecht, 2.Aufl. 1978, München

Leipold, Dieter Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1971, München

Lent-Jauernig Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 14.Aufl. 1977, München

Nikisch, Arthur Zivilprozeßrecht, 2.Aufl. 1952, Tübingen

Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 38.Aufl. 1979, München

Pastor, Wilhelm L. Der Wettbewerbsprozeß. Verwarnung - Einstweilige Verfügung - Unterlassungsklage. 2.Aufl.1973, Köln, Berlin, Bonn, München

Reinicke, Gerhard Die Kollision zwischen Rechtsfrieden und Gerechtigkeit - Bemerkungen zu einem Urteil des BGH vom 21.6.1951, in: NJW 52, 3 ff.

Rosenberg, Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß=
rechts, 9.Aufl. 1961, München u. Ber=
lin

Rosenberg-Schwab Zivilprozeßrecht,
11.Aufl. 1974, München
12.Aufl. 1977, München

Schneider, Egon Einstweilige Einstellung der Zwangs=
vollstreckung nach §§ 707, 719 Abs. 1
ZPO, in: MDR 73, 356 ff.

Schönke-Baur Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und
Vergleichsrecht,
9.Aufl. 1974, Karlsruhe
10. Aufl. 1978, Heidelberg, Karlsruhe

Schönke-Kuchinke Zivilprozeßrecht, 9.Aufl. 1969,
Karlsruhe

Schrader, Henning Das prozessuale Verhältnis von
Vor- und Nachverfahren im Urkunden-
und Wechselprozeß, Diss.Frankfurt, 1970

Schwab, Karl-Heinz Schiedsgerichtsbarkeit, 3.Aufl.
1979, München

Soergel, Hans-Theodor Bürgerliches Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen,
Band 1 Allgemeiner Teil §§ 1 - 240
Band 5 Sachenrecht §§ 854 - 1296
jeweils 11.Aufl. 1978, Stutt=
gart, Berlin, Köln, Mainz
Band 6 Erbrecht, 10.Aufl. 1974, Stutt=
gart, Berlin, Köln, Mainz

von Staudinger, Julius Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen, Band 5 Teil 1 §§ 1922 -
2196, 11.Aufl. 1954

Stein-Jonas — Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, Band 2, 14.Aufl. 1929, Tübingen

dies. — Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
Band 1 §§ 1 - 299 1964/69,
Band 2 §§ 300 - 703a 1968/72,
Band 3 §§ 704 - 1048 1968/75,
jeweils 19.Aufl., Tübingen

3.Lief. §§ 38 - 127a 1978,
Band 3 §§ 511 - 703d 1976/77,
4.Lief. §§ 704 - 763 1978,
jeweils 20.Aufl., Tübingen

Thomas-Putzo — Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen,
8.Aufl. 1975, München
10.Aufl. 1979, München

Thumm, Ludwig — Die Klage aus § 826 BGB gegen rechtskräftige Urteile in der Rechtsprechung des RG und des BGH, 1959, Stuttgart

Wieczorek, Bernhard — Zivilprozeßordnung und Nebengesetze,
Band 4 Teil 2 §§ 864 - 1048, 1.Aufl. 1958, Berlin
Band 1 §§ 1 - 252 1976,
Band 2 §§ 253 - 510c 1976,
Lief.8 §§ 567 - 604 1977,
Lief.9 §§ 704 - 827 1977,
jeweils 2.Aufl., Berlin, New York

Winkler, Heinz — Das Schicksal der einstweiligen Verfügung bis zur Rechtskraft des sie aufhebenden Urteils, in: MDR 62, 88 ff.

Zeiss, Walter Zivilprozeßrecht, 3.Aufl. 1978, Tübingen

Zöller, Richard Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozeßrecht, mit Mustern für Anträge, Klagen und Entscheidungen, Kostenanmerkungen,
11.Aufl. 1974, München
12.Aufl. 1979, Köln

Lebenslauf

Ich heiße Hans-Ulrich Maurer und bin am 24. Mai 1950 in Esslingen/Neckar als Sohn des technischen Kaufmannes Eberhard Maurer und der Hausfrau Margot Maurer, geb. Blessing, geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach dem Besuch der Volksschule in Zell/Neckar von 1957 bis 1961 wechselte ich im Jahre 1961 an das Schelztor-Gymnasium in Esslingen/Neckar, an dem ich am 12. Juni 1969 das Abitur ablegte.

Daran schloß sich eine Lehre als Bankkaufmann an, die ich 1971 mit der Bankkaufmannsgehilfenprüfung vor der IHK Stuttgart abschloß.

Vom Wintersemester 1971/72 bis zum Wintersemester 1975/76 studierte ich an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen Rechtswissenschaften. Am 26. Mai 1976 legte ich vor dem Landesjustizprüfungsamt Stuttgart die Erste juristische Staatsprüfung ab. Danach war ich im Referendardienst der Justiz des Landes Baden-Württemberg, den ich am 15. Januar 1979 mit der Zweiten juristischen Staatsprüfung abschloß.

Seit Februar 1979 bin ich als Assessor in der Justiz des Landes Baden-Württemberg eingesetzt, z.Zt. als Zivil- und Strafrichter beim Amtsgericht Nürtingen.